كتاب أدب القاضي

تأليف

أبي بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني المعروف بالخصّاف

المتوفى ٢٦١ هـ / ٨٤٧ م

وشرح

أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصّاص

المتوفى ٣٧٠ هـ / ٩٨٠ م

تحقيق

فرحات زيادة
رئيس قسم دراسات الشرق الأدنى
جامعة واشنطون

إهـــــــداء٢٠٠٦

المرحوم الدكتور/ علي حسين كرار

القاهرة

كتاب أدب القاضي



الناشر
قسم النشر بالجامعة الأمريكية
بالقاهرة

ساعدت مؤسسة عيسى الباتح واخوانه بنيويورك
على طبع هذا الكتاب

كتاب أدب القاضي

تأليف

أبي بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني المعروف بالخصّاف

المتوفى ٢٦١ هـ / ٨٤٧م

وشرح

أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصّاص

المتوفى ٣٧٠ هـ / ٩٨٠م

تحقيق

فرحات زيادة

رئيس قسم دراسات الشرق الأدنى

جامعة واشنطون

مقدمة

نحن بصدد كتاب من أجلّ الكتب الإسلامية ومن أقدم الكتب التى تناولت ناحية هامة من نواحى الفقه الإسلامى ، هى مانسميه اليوم بأصول المحاكمات (procedure) وأصول البينات (evidence) . وقد كان معظم اهتمام المشتغلين فى تحقيق كتب الفقه الإسلامى من عرب وأجانب مصوباً نحو الفروع الأخرى من الفقه وهى الأحكام الشرعية التقريرية (substantive, ـ وأكثرها يمت إلى الأحوال الشخصية ـ دون أى التفات إلى الاصول الإجرائية (procedural) ، على الرغم من أهمية هذه الأخيرة فى إقامة العدل وصيانة حقوق العباد . على أن الفقهاء المسلمين أنفسهم أولوا الاصول الإجرائية اهتماماً يتناسب مع عظيم شأنها فخصصوا فى كتبهم فصولا لأدب القضاء ، وراح بعضهم يؤلف كتباً تقتصر على هذا الموضوع ، وقام آخرون فيما بعد يشرحون تلك الكتب ويعلقون عليها كما فعل الجصّاص فى شرحه لكتاب أدب القاضى للخصّاف . ومن يراجع كتاب حاجى خليفة فى البيبليوجرافيا الإسلامية يجد أن فقهاء الحنفية ألفوا لا أقل من خمسة كتب أصلية فى هذا الموضوع وأن شروح كتاب أدب القاضى للخصاف بلغت تسعة ، كما يجد أن فقهاء الشافعية ألفوا مايبلغ من ثلاثة عشر كتاباً ، وشرحاً واحداً[١] ـ وهذا علاوة على أبواب أدب القضاء فى الكتب الفقهية الجامعة .

على أن مانشر حتى الآونة الأخيرة من نصوص فى أدب القضاء لا يتناسب مع أهميته حتى ولو أخذنا بعين الاعتبار أن بعض تلك النصوص قد فقدت

---

(١) انظر ملا كاتب جلبى ، كشف الظنون ، استانبول ١٣١٠ هـ ، جـ ١ ، ص ٧٢ — ٧٣ .

أو لاتزال مخطوطاتها دفينة فى مكتبات خاصة لم تجر فهرستها . وغنى عن البيان أن أية دراسة علمية لهذا الموضوع من الفقه لاتتيسر ولاتكون كاملة إلا بعد تحقيق أمهات الكتب الخاصة به ونشرها . فمن دواعى الارتياح أن نلاحظ إذاً أن العلماء العرب والمسلمين قد انتبهوا أخيراً إلى ضرورة نشر هذه الكتب ضمن ماينشر إحياءً للتراث الإسلامى . فحقق السيد محي هلال السرحان كتاب أدب القاضى لعلى بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ . فى مجلدين ضخمين ينمان عن جهود علمية ممتازة[٢] والكتاب هو قسم من كتاب الماوردى الجامع فى الفقه الشافعى والمسمى بالحاوى الكبير ولما ينشر بعد بكاملة لتفرق أجزائه فى مكتبات العالم . وحقق السيد فرحات الدشراوى ورقات من كتاب فى أدب القاضى والقضاء على المذهب الحنفى لهيثم بن سليمان بن حمدون القيسى المتوفى حوالى ٢٧٥ هـ . مؤكداً أن المدرسة الحنفية بأفريقية لم تكن تقل عن المدرسة المالكية[٣] .

وحقق السيد محمد مصطفى الزُحيلى كتاب أدب القضاء لابن أبى الدم المتوفى ٦٤٢ هـ . (دمشق ، مطبعة زيد بن ثابت ١٣٩٥ هـ — ١٩٧٥م) . وقام السيد محمد ابراهيم سورتى فى الهند بتحقيق أدب القاضى للخصاف بشرح عمر بن عبدالعزيز ابن مازه المعروف بالحسام الشهيد والمتوفى قتيلا سنة ٥٣٦هـ ، وهو يسعى الآن إلى نشره . فهذه الكتب مضافاً إليها ماتحتويه كتب الفقه الجوامع عن أدب القاضى[٤] وما سبق وطبع دون تحقيق دقيق مثل كتاب معين الحكام لعلى بن خليل الطرابلسى فى الفقه الحنفى[٥] ومثل كتاب تبصرة الحكام لإبراهيم بن محمد بن

---

(٢) نشر برعاية رئاسة ديوان الأوقاف من الجمهورية العراقية ، جزءان ، بغداد ١٩٧١ — ١٩٧٢ .

(٣) نشر برعاية الشركة التونسية للتوزيع ، تونس ١٩٧٠ .

(٤) انظر مثلا كتاب المبسوط للسرخسى ، ج ١٦ ، ص٥٩ ، والمدونة الكبرى للامام مالك (برواية سحنون) القاهرة ، ١٣٢٣ هـ ، ج١٢ ص ١٤٤ ، وكتاب الأم للشافعى ، القاهرة ، ١٣٢٥هـ ، ج٦ ص١٩٩ .

(٥) القاهرة ، بولاق ، سنة ١٣٠٠هـ .

فرحون فى الفقه المالكى[٦] ، ومضافاً إليها الكتاب الذى نقدم له الآن لتشكل نواة حسنة للشروع فى دراسة هذا الموضوع وإننا لنأمل أن نشارك فى المستقبل فى هذه الدراسة على أسس الفقه المقارن . أما الآن فجل مرادنا هو التعريف بالمؤلف وبالشارح وبمنهجنا فى تحقيق الكتاب مع الإشارة إلى أهمية الكتاب وكونه عمدة فى موضوعه .

المؤلف :

هو أحمد بن عمرو بن مهير الشيبانى[٧] ، ويلقب بالخصّاف ويكنى بأبى بكر ، وكان فقيها « فارضاً حاسباً » ـ أى خبيراً فى علم الفرائض أو حصص الورثاء من التركة ـ عالما بمذهب أصحابه من المذهب الحنفى ، روى عن أبيه عمرو بن مهير الخصاف الذى كان روى عن الحسن بن زياد عن أبى حنيفة وعن أبى يوسف[٨] . وحدث عن أبى عاصم النبيل ، وأبى داود الطيالسى ، ومسدّد بن مسرهد ، والقعنبى ، ويحيى بن عبد الحميد الحمانى ، وعلى بن المدينى ، وعارم محمد بن الفضل ، وأبى نعيم الفضل بن دكين[٩] ، ويظهر أنه كان متقدماً عند الخليفة المهتدى بالله (٢٥٠ ــ ٢٥٦هـ ، ٨٦٤ ــ ٨٧٠ م) ، فعمل له كتابا فى الخراج لم يصل إلينا ، وكانت الناس تقول عن الخصاف ، لتقدمه عند المهتدى ، إنه يحيى دولة ابن أبى دؤاد[١٠]

---

(٦) القاهرة ، ١٣٠٢ هـ .

(٧) انظر الفهرست لابن النديم ، ص ٢٩٠ ، والجواهر المضية ، جـ ١ ، ص ٨٧ — ٨٨ .

(٨) انظر الجواهر المضية ، جـ١ ، ص ٤٠٠ .

(٩) المصدر السابق ، ص ٨٨ .

(١٠) الفهرست ، ص ٢٩٠ . وابن أبى داؤد كان قاضياً معتزلياً بلغ مركزاً رفيعاً فى خلافة المأمون ومن ثم عينه المعتصم قاضياً للقضاة واحتفظ بمنصبه فى خلافة الواثق . ولكن نجمه أخذ فى الأفول فى خلافة المتوكل الذى تنكر للمعتزلة . وتوفى ابن أبى داؤد سنة ٢٤٠ هـ . ٨٥٤ م .

ويقول ابن النديم إن الخصاف كان يقدم الجهمية ، والجهمية مقالة — أو مذهب — تنتسب إلى جهم بن صفوان المتوفى قتلا سنة ١٢٨ هـ ، ٧٤٦م . بعد أن كان زعيما فكريا لثورة ضد الأمويين فى شرقى خراسان تدعو إلى تمسك الحكومة « بكتاب الله وسنة نبيه » ويظهر أن مَن عمل على نشرها بشر بن غياث المريسى المتوفى سنة ٢١٨هـ ، ٨٣٣ م . أحد تلامذة أبى يوسف تلميذ أبى حنيفة . أما معتقداتها فيشوبها كثير من الغموض إذ أكثر ما نعرفه عنها كتبه خصومها ، ولعلها كانت تقول بالجبر وبخلق لفظ القرآن وبنفى صفات الله . على أية حال يظهر أن بعض أصحاب أبى حنيفة شاركوا فى نشر هذه المقالة ، فليس غريبا أن يكون الخصاف ممن يقدمها[١١] .

أما كتبه ، علاوة على كتاب الخراج الذى عمله للخليفة المهتدى ولم يصل إلينا ، فيذكر ابن النديم منها : كتاب الحيل [١٢] ، كتاب الوصايا ، كتاب الشروط الكبير ، كتاب الشروط الصغير ، كتاب الرضاع ، كتاب المحاضر والسجلات ، كتاب أدب القاضى الذى نحن بصدده ، كتاب النفقات [١٣] ، كتاب إقرار الورثة بعضهم لبعض ، كتاب العصير وأحكامه وحسابه ، كتاب النفقات على الأقارب ، كتاب أحكام الوقوف[١٤] ، وكتاب ذرع الكعبة والمسجد والقبر . ولعل الخصاف ألف كتبا أخرى لم تصل إلينا إذ يقول ابن النديم انه لما قتل المهتدى نهب الخصاف وذهب بعض كتبه ، ومن جملتها كتاب عمله فى المناسك لم يكن خرج للناس[١٥].

---

(١١) راجع مادة جهم بن صفوان ، ومادة الجهمية فى الموسوعة الإسلامية ، الطبعة الجديدة .

(١٢) يذكر جوزف شاخت فى كتابه : مقدمة فى الشريعة الإسلامية ، ص ٨١ ، أن هذا الكتاب هو معزو إلى الخصاف ولكنه كتب فى القرن الرابع الهجرى . وقد نشره شاخت فى هانوفر بألمانيا سنة ١٩٢٣ بعنوان كتاب الحيل والمخارج .

(١٣) طبع فى حيدر آباد سنة ١٣٤٩هـ .

(١٤) طبع فى القاهرة سنة ١٣٢٢هـ .

(١٥) الفهرست ، ص ٢٩٠ — ٢٩١ .

هذا جل ما تذكره المصادر عن حياة الخصاف وكتبه ، وهى تتفق أنه توفى سنة ٢٦١هـ — أى سنة ٨٤٧م . — ، ويزيد كتاب الفوائد البهية أنه عند مماته قارب الثمانين[١٦] فيكون قد ولد فى أوائل النصف الثانى من القرن الهجرى الثانى . فهو من المتقدمين من فقهاء الحنفية وممن أسهموا فى إرساخ قواعد ذلك المذهب . ويعد من الطبقة الثالثة من المجتهدين باعتبار أن الأئمة أصحاب المذاهب هم الطبقة الأولى فهم يجتهدون فى الأصول والفروع ، وتلاميذهم هم الطبقة الثانية — كأبى يوسف ومحمد فى المذهب الحنفى — فهم يجتهدون فى الفروع ويستخرجون الأحكام ، ومن جاء بعد هؤلاء واجتهد فى المسائل التى لا رواية فيها عن صاحب المذهب فهو من الطبقة الثالثة وهى طبقة المجتهدين فى المسائل كالخصاف والطحاوى وأبى حسن الكرخى . ويأتى بعد هؤلاء أربع طبقات أخرى تبتدىء بأصحاب التخريج وتنتهى بالمقلدين الذين لا يقدرون على التمييز بين القوى والضعيف[١٧] . فلا غرو إذاً أن الخصاف يوصف بأنه رجل كبير فى العلم وممن يصح الإقتداء به[١٨] .

الشارح :

صاحب الشرح هو الإمام أبو بكر أحمد بن على الرازى المعروف بالجصّاص (٣٠٥ — ٣٧٠هـ /٩١٧— ٩٨٠ م) وكان إمام أصحاب أبى حنيفة فى وقته ، وخوطب فى أن يلى القضاء فامتنع ، وأعيد عليه الخطاب فلم يقبل[١٩] . وقد تفقه على أبى سهل الزجّاج وعلى أبى الحسن الكرخى ، وتخرج على هذا الأخير . « دخل بغداد سنة خمس وعشرين ودرس على الكرخى ، ثم خرج

(١٦) الفوائد البهية ، ص ٢٩ .

(١٧) انظر طبقات الفقهاء ، لطاش كبرى زاده ، الموصل سنة ١٩٥٤ ، ص ٨ — ١٠ .

(١٨) انظر الجواهر المضية ، ص ٨٨ .

(١٩) تاريخ بغداد للخطيب البغدادى ، ج ٤ ، ص ٣١٤ ، والجواهر المضية ، ج ١ ، ص ٨٤ .

إلى الأهواز ثم عاد إلى بغداد ، ثم خرج إلى نيسابور مع الحاكم النيسابورى برأى شيخه أبى الحسن الكرخى ومشورته ، فمات الكرخى وهو بنيسابور ، ثم عاد إلى بغداد سنة أربع وأربعين وثلاث مئة »[٢٠]

ولا شك فى أن الجصاص اتخذ التدريس مهنة فى بغداد ، فالشرح الذى نحن بصدده ، كما سيجيء هو بشكل محاضرات ألقاها معلقاً فيها على كتاب أدب القاضى للخصاف . ثم إن صاحب الجواهر المضية يقول إن التدريس ببغداد استقر له ، وانتهت الرحلة إليه[٢١] . فتفقه عليه بضعة من رجالات المذهب الحنفى ، وصنف عدة كتب فى الأحكام والفقه والأصول . فمن الذين تفقهوا عليه أبو بكر محمد[٢٢] بن موسى الخوارزمى (المتوفى ٤٠٣ ه) ، وأبو عبد الله محمد بن يحيى بن مهدى الفقيه الجرجانى شيخ القدورى (المتوفى ٣٩٨ ه) ، وأبو الفرج أحمد بن محمد بن عمر المعروف بابن المسلمة (المتوفى ٤١٥ه) ، وأبو جعفر محمد بن أحمد النسفى (المتوفى ٤١٤ه) . وأبو الحسين محمد بن أحمد بن محمد الزعفرانى (المتوفى ٣٩٤ه) ، وأبو الحسين محمد بن أحمد الطيب الكارى (المتوفى ٤١٧ه) . أما مصنفاته فيذكر صاحب الجواهر المضية منها: أحكام القرآن[٢٣] وشرح مختصر أبى الحسن الكرخى ، وشرح مختصر الطحاوى ، وشرح الجامع [الصغير] لمحمد بن الحسن [الشيبانى] ، وشرح الأسماء الحسنى ، وكتاب فى أصول الفقه ، وجوابات عن مسائل وردت عليه. ويزيد صاحب الفوائد البهية[٢٤] عليها كتاب أدب القضاء ، وهو بالحقيقة هذا الشرح الذى نحن بصدده .

---

(٢٠) المصدر السابق .

(٢١) المصدر السابق ، ص ٨٥ .

(٢٢) فى الجواهر المضية ، ج ١ ، ص ٨٥ : أحمد . ولكن فى ج ٢ ، ص ١٣٥ وفى المصادر الأخرى : محمد .

(٢٣) حققه محمد الصادق قمحاوى فى خمسة أجزاء ، ونشره فى القاهرة . لا تاريخ .

(٢٤) ص ٢٨ .

ويعد الجصاص أيضاً من أئمة المذهب الحنفى الكبار نظراً لما صنفه من كتب ومَن تخرج عليه من فقهاء . وإذا ما حسب الخصاف من المجتهدين فى المسائل ، وهى الطبقة الثالثة بين المجتهدين ، فالجصاص يعد من الطبقة الرابعة وهى أصحاب التخريج الذين يحيطون بالأصول ويضبطون المآخذ ، فيقدرون على تفضيل قول يحمل وجهين وحكم مبهم محتمل لأمرين [٢٥] .

ومما هو جدير بالذكر أن الجصاص كان يعتقد أنه أهل لانتقاد من سبقه من فقهاء المذهب ، فهو يخطّىء أبا يوسف وما روى عن أبى حنيفة كما فى فقرة 563 . وأحيانا يخالف الخصاف فى الرأى كما فى فقرات 707 ، 822 ، 847 .

الكتاب :

كان الحنفيون أول من ألف فى موضوع أدب القاضى وتبعهم سائر الفقهاء فى ذلك . وليس غريبا أن يكون أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم (المتوفى ١٨٢ هـ) السباق فى ذلك إذ ولى القضاء بنفسه فى بغداد ولم يزل بها إلى أن مات فى خلافة الرشيد [٢٦] . فإذا ألف فى الموضوع فإنما يؤلف عن طول خبرة وممارسة . غير أن كتابه لسوء الطالع لم يصل إلينا ككتاب قائم بذاته. أما آراؤه فى الموضوع فيوردها من تبعه من فقهاء الحنفية ، ومن جملتهم الخصاف، كما يثبتون آراء أبى حنيفة (المتوفى ١٥٠هـ) ومحمد بن حسن (المتوفى ١٨٩هـ) لكون هؤلاء الثلاثة بناة أركان المذهب الحنفى . ومحمد بن الحسن صاحب المؤلفات الكثيرة المعتمدة فى الفقه الحنفى هو أيضاً مارس القضاء ، فقد ولاه الرشيد قضاء الرقة ومن ثم عزله [٢٧]. وجاء بعد هؤلاء محمد بن سماعة بن هلال التيمى (المتوفى ٢٣٣هـ) الذى ولى القضاء ببغداد بالجانب الغربى [٢٨] فوضع كتابا فى أدب القاضى أيضاً . فما برز الخصاف على المسرح إلا وكانت مقومات أدب القاضى ، حسب المذهب الحنفى

---

(٢٥) طبقات الفقهاء ، طاش كبرى زاده ، ص٨ — ١٠ .

(٢٦) الفهرست ، ص٢٨٦ .

(٢٧) الفهرست ، ص ٢٨٧ .

(٢٨) الفهرست ، ص٢٨٩ . انظر أيضاً زركلى ، أعلام ، جـ٧ ، ص ٢٣ — ٢٤ .

قد ظهرت معالمها . فكتاب الخصاف فى هذا الموضوع يمثل ما وصــل إليه الاجتهاد الحنفى حتى ذلك الحين مع ما اجتهده الخصاف نفسه فى بعض المسائل.
وصنف فى أدب القاضى فقهاء آخرون من الحنفية ، منهم أبو حازم عبد الحميد ابن عبد العزيز (المتوفى ٢٩٢هـ) وأبو جعفر أحمد بن اسحاق الأنبارى (المتوفى ٣١٧ هـ) — ولم يكمله[٢٩] . غير أن المشهور فى هذا الباب هو كتاب الخصاف. فيقول كاتب جلبى (حاجى خليفة) عنه :

رُتب على مائة وعشرين بابا . وهو كتاب جامع ، غاية ما فى الباب ، ونهاية مآرب الطلاب، ولذلك تلقوه بالقبول، وشرحه فحول أئمة الفروع والأصول. منهم الإمام أبوبكر أحمد بن على الجصاص (المتوفى ٣٧٠هـ) والإمام أبوجعفر محمد بن عبدالله الهندوانى (المتوفى ٣٦٢هـ) والإمام أبوالحسين أحمد بن محمد القدورى (المتوفى ٤٣٨هـ) وشيخ الإسلام على ابن الحسين السغدى (المتوفى ٤٦١هـ) والإمام شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسى (المتوفى ٤٨٣ هـ) والإمام شمس الأئمة عبد العزيز بن أحمد الحلوانى (المتوفى ٤٥٦هـ) والإمام برهان الأئمة عمر بن عبد العزيز بن مازه المعروف بالحسام الشهيد (المتوفى قتيلا ٥٣٦هـ) ـ وهو المشهور المداول اليوم من بين الشروح ، ذكر فى أوله أنه أورد عقيب كل مسئلة من مسائل الكتاب مايحتاج إليه الناظر ولم يميز بينهما بالقول ونحوه ـ والإمام أبو بكر محمد المعروف بخواهر زاده (المتوفى ٤٨٣ هـ) والإمام فخر الدين الحسن بن منصور الاوزجندى المعروف بقاضيخان (المتوفى ٥٩٢ هـ) والإمام [محمد بن أحمد القاسمى] الخجندى[٣٠] .

---

(٢٩) كشف الظنون ، جـ١ ، ص ٧٢ — ٧٣ .

(٣) المصدر السابق ، ص ٧٣ . طبعة استانبول ، ١٩٤١ ، لكشف الظنون تذكر الاسم الكامل للخجندى ، ولا أجد له ذكرا فى الجواهر المضية أو الفوائد البهية . ثم إن مخطوطة جارالله على صفحة العنوان منها تعليق عن الذين شرحوا أدب القاضى للخصاف، ويذكر التعليق نفس الشراح إلا أنه عوضاً عن الخجندى يذكر المحبوبى ، أى عبيد الله ابن أحمد المحبوبى (المتوفى ٦٣٠هـ) . انظر الجواهر المضية ، جـ١ ، ص ٣٣٦ .

على أن كتاب الخصاف مجردا عن شروحه لم يصل إلينا لسوء الحظ ، فهو إما ضاع أو لم يُلتبه إليه بعد فى بعض المكتبات التى لم تجر فهرستها ، وما ذهب إليه كارل بروكلمان[٣١] من أن للكتاب مخطوطتين فى استانبول (مسجد فاتح ٢٢٦٩ ، وملا جابى ٥٧) ليس صحيحا . فقد حصلت على نسختين مصورتين لهاتين المخطوطتين ، وبعد التدقيق فى أمرهما وجدت أنهما مخطوطتان لمختصر عن أحد شروح أدب القاضى للخصاف[٣١أ] وكذلك قوله إن مجموعة (قوله) فى دار الكتب فى القاهرة فيها مخطوطة لكتاب الخصاف بعيد عن الصحة .فقد تصفحت تلك المخطوطة (٢١٣ فقه حنفى) المنسوخة سنة ٩٥٥ ﻫ فوجدت أنها شرح آخر لكتاب الخصاف لشارح يكنى بأبى الحسين، ولعله الإمام أبو الحسين أحمد بن محمد القدورى . فكان لا مفر من الرجوع إلى أحد شروح الكتاب وتحقيقه ومحاولة الفصل بين الأصل والشرح للتعرف إلى الأصل . وقد وقع الاختيار على شرح الجصاص لتقدمه من حيث الزمان ولتوفر المخطوطات له ولمكانة الجصاص العلمية وتقدمه فى المذهب الحنفى .

الشرح :

يظهر أن الشرح كان من جملة محاضرات أو دروس كان يلقيها الجصاص معلقا فيها على كتب المذهب الحنفى من بينها كتاب الخصاف،فالجصاص كما ذكرنا آنفا كان يدرّس فى بغداد وكان إمام الحنفية فى زمانه،وكانت تنتهى الرحلة إليه. ويظهر أن مجلس التدريس كان يضم بالإضافة إلى تلامذة الجصاص بعض من يقصد بغداد للزيارة أو طالبا للعلم،بما فيهم رجال القضاء. وهذا بيّن من فقرة 610، ملاحظة ٣ ، حيث تذكر مخطوطة ف أن أبا نصر البخارى القاضى كان حاضرا مجلس

(٣١) بروكلمان ، كارل : تاريخ الأدب العربى ، ٥ أجزاء ، ليدن ١٩٤٣ ، ج ١ ص ١٨١ وتكملة ١ ص ٢٩٢ .

(٣١ أ) ولعله مختصر شرح الجصاص . يقول ابن مازة فى شرحه لكتاب الخصاف (مخطوطة مكتبة مكتب الهند فى لندن رقم ١٥١٢ ، ورقة ٤٤ ب) : كذا رأيت قول محمد فى مختصر من شرح أدب القاضى للخصاف الذى شرحه الجصاص .

التدريس وأنه أبدى ملاحظة بخصوص موضوع البحث[٣٢] ، كما هو بيّن من فقرة 720 حيث علق أحد الحاضرين وهو القاضى أبو سعيد العباد أبادى[٣٣] على الموضوع الذى كان الشارح بصدده . والشرح كثيرا ما يشير إلى أن المسئلة الفلانية وردت قبلا فى كتاب غير كتاب أدب القاضى ، بمعنى أن الشارح كان يدرس ويشرح سلسلة من كتب الفقه الحنفى . ففى فقرة 693 يذكر فقط من المسائل ما لم يذكر فى كتاب النكاح ، ولعله يعنى كتاب النكاح من الجامع الكبير للشيبانى . وفى فقرة 769 رجع الجصاص إلى كتاب النكاح ليطلع على مسئلة من المسائل . وقد يقول : « والكلام فى هذا قد مر فى كتاب النكاح » ، أو « فى الجامع الكبير » كما فى فقرة 881 . أو يقول : « والكلام فى هذا موضعه كتاب الصيام والأضاحى » كما فى فقرة 556 .

ثم إن الشرح فى الصيغة التى وصل بها إلينا بواسطة المخطوطات التى استطعنا الحصول عليها يقيم عقبتين كان من الصعب التغلب عليهما فى معرفة النص الأساسى لكتاب الخصاف من شرحه ، وفى معرفة ما إذا كان الشرح كله للجصاص أو أن أحد تلامذة الجصاص راح فيما بعد يدرّس ذلك الشرح فزاد شرحا أو تعليقا من عنده . وهنا يجب القول بالنسبة للعقبة الأولى أننا حاولنا جهد المستطاع التفرقة بين النص والشرح ، وكثيراً ما بدأ لنا أن التمييز يرجع إلى الاجتهاد الشخصى . فعليه قد يكون أصوب علميا أن نعتبر الكتاب مثالا للفقه الحنفى ولموضوع أدب القاضى بوجه خاص فى منتصف القرن الرابع الهجرى وهو الوقت الذى ازدهر فيه الجصاص صاحب الشرح . ومما زاد التمييز بين النص والشرح صعوبة أن كلا من الخصاف والجصاص كان يكنى

(٣٢) لعل أبا نصر هذا هو أحمد بن عمرو القاضى البخارى الذى كان على قضاء سمرقند ومات ببخارى سنة ٣٩٦ ه ، أى بعد وفاة الجصاص بست وعشرين سنة . ويبدو أنه كان ببغداد حين القاء تلك الدروس . وجدير بالذكر أنه كان يعرف بالعراقى . انظر الجواهر المضية ، ج١ ، ص ٨٧ .

(٣٣) لسوء الحظ لم نعثر على ترجمته فى المراجع المعتبرة .

بأبى بكر ، فقول المخطوطة « قال أبو بكر » فيه التباس ، وقد حاولنا معرفة إلى من تشير هذه العبارة بالقرينة . ثم إنه يوجد بعض أبواب كلها شرح للجصاص بدون ذكر لما قال الخصاف . فلعل الجصاص أهمل ما قال الخصاف أو أنه عبر عن معناه بكلماته هو بدون أن يقول : قال الخصاف(٣٤) . فعليه إن النص الأصلى لكتاب الخصاف هو أطول مما أشرنا إليه بين قوسين { } بأنه كتاب الخصاف . ويؤكد هذا عدة أمور فى كثير من الفقرات . ففى فقرة 83 يعلق الجصاص على قول الخصاف بدون أن يثبت ذلك القول بل يشير إليه إشارة . وفى فقرة 471 يشير الجصاص إلى مسائل بكاملها لم يثبتها . وكذلك فى فقرة 713 حيث يقول : وبعد الباب مسائل القسمة بعينها فكرهت إعادتها . وأحيانا يغفل بعض الأبواب بكاملها كما يقول فى فقرة 747 : وذكر بعد هذا الباب ثلاثة أبواب كلها مضمنة بهذا الباب وقد استوفينا الكلام فيها كلها فى هذا الباب وكرهنا ذكرها للإعادة وخوفا من التطويل . ومرة لم يثبت المسائل التى وردت فى كتاب الأصل لمحمد بن الحسن الشيبانى ، وهو يقول : وهى مسائل الأصل فلم نَرَ الاشتغال بها وجها فى هذا الموضع(٣٥) . ومن هذا القبيل إغفاله للأحاديث التى وردت فى كتاب الخصاف ، فهو يقول مثلا فى فقرة 685 : ذكر أحاديث فى أول الباب عن التابعين . . . كرهت ذكرها خوف الإطالة .

وقد استعنا بطريقة أخرى فى التفرقة بين النص والشرح ، وذلك أننا رجعنا إلى شرح آخر لكتاب الخصاف ، وهو شرح ابن مازة حسب مخطوطة البلدية بالاسكندرية رقم ٣٧٧٤ ج ، للمقابلة فوجدنا أن هذا الشرح يختلف عن شرح الجصاص فى عدد الأبواب . فأول باب فى شرح الجصاص هو : ما أبيح للقاضى من الاجتهاد [فقرة 24] ، أما ابن مازة فيجعل هذا الباب الباب الخامس ويسبقه بأربعة أبواب أخرى هى من نوع المقدمة فى شرح الجصاص .

---

(٣٤) انظر ابتداء من فقرة 385 ، وخصوصاً فقرات 408 — 410 .

(٣٥) آخر فقرة 880 .

أما العقبة الثانية ، وهى معرفة ما إذا كان الشرح كله للجصاص ، فقد عانينا الكثير منها خصوصاً وأن المخطوطات التى اعتمدناها لا تذكر أن أحداً علق على ذلك الشرح . ولكن الأدلة المتضمنة فى نص الشرح لا تترك مجالا للشك بأن المخطوطات التى بين أيدينا تمثل محضر جلسات تدريس قام به أحد تلامذة الجصاص ودرّس فيه شرح أدب القاضى وأحياناً علق على هذا الشرح بسؤال أو ملاحظة من عنده . فالكتاب الذى نقدم له إذاً يحتوى على كتاب الخصاف وشرحه للجصاص وما زاده تلميذ للجصاص على ذلك الشرح عندما كان يتولى تدريس الشرح . ونحن أثبتنا كتاب الخصاف بين قوسين هكذا : { } ، وعددنا غير ذلك شرحا للجصاص إلا إذا أشرنا فى ملاحظة فى الهامش أنه من كلام تلميذ الجصاص الذى كان يدرس الشرح .

والآن ننتقل إلى الأدلة بأن تلميذاً للجصاص درّس الشرح وعلق عليه ، فنذكر بعضاً منها : تشير فقرة 50 إلى أن المحاضر كان سأل شيخه أبا بكر الجصاص عن الحبس للتعزير ، فرد عليه الجصاص . وفى فقرة 146 يقول الشيخ المحاضر : « قلت له » [أى للجصاص] بمعنى أن المحاضر هو تلميذ للجصاص ولعله كان قاضياً ، إذ أن فى فقرة 119 عبارة : « قيل للقاضى رحمه الله » . ومن المحتمل أن يكون أبا جعفر محمد بن أحمد بن محمود القاضى (المتوفى ٤١٤هـ) فقد درس هذا على الجصاص وأخذ الفقه عنه[٣٦] ، وهو الوحيد بين تلامذة الجصاص الذى كان يدعى بالقاضى حسب المصادر المعتبرة . وفى فقرة 428 يعلق المحاضر على مايقوله الخصاف والجصاص معاً ، وهو يقول : «وقد كنت أسمع الشيخ يقول إن الخلاف بينهم . . . » وفى فقرة 873 يقول : وسألت الشيخ عن الفرق بين حد السرقة والجلد وبين الرجم » . وفى فقرة 882 يقول المحاضر : « هذا الذى قال الشيخ : وليس هذا بواضح » .

---

(٣٦) الجواهر المضية جـ ٢ ، ص ٢٤ — ٢٥ .

وليس أدل على أن الشرح الذى بين أيدينا هو سجل لما درسه تلميذ للجصاص معلقاً فيه على شرح أدب القاضى من أن فقرة 853 تثبت ثلاثة آراء للمسألة الواحدة بخصوص تكرار لفظ الشهادة فى الشهادة على الشهادة ، رأى للخصاف وهو ثمانى مرات ، ورأى للشيخ ، أى الجصاص ، وهو ست مرات ، ورأى للمحاضر أو المدرس وهو أربع مرات .

ثم إن استشهاد المدرس بما يقوله تلميذ آخر للجصاص يثبت أن المدرس فى هذه الحالة ليس الجصاص بل تلميذ له . فنى فقرة 403 يقول : « كان الشيخ أبو عبد الله يقول أنه ليس يمنع تسويغ الاجتهاد » الخ . وأبو عبد الله هذا هو تلميذ آخر للجصاص ، وهو محمد بن يحي بن مهدى الجرجانى شيخ القدورى (المتوفى ٣٩٨ هـ) وكان بحث فى أمر الإجماع كما هو مذكور فى فقرة 403 وكما يذكر الآمدى[٣٧] .

تشير جميع الأدلة إذن إلى أن مخطوطات الكتاب الذى نحن بصدده هى بالحقيقة محضر أو سجل لمحاضرات ألقاها تلميذ الجصاص ودرس فيها شرح الجصاص على أدب القاضى للخصاف ، وعلق أحياناً على ذلك الشرح .

المخطوطات :

اعتمدنا فى تحقيق هذا الكتاب على مخطوطتين هما مخطوطة ليدن فى هولاندة ومخطوطة فيض الله فى استانبول ، واستأنسنا بمخطوطة ثالثة هى مخطوطة جار الله فى استانبول .

---

(٣٧) الإحكام فى أصول الأحكام ، ج ١ ، ص ٣٣٦ ، يقول ابن قطلوبغا فى كتابه تاج التراجم فى باب الكنى ، ان أبا عبد الله هو يوسف بن على بن محمد الجرجانى صاحب خزانة الأكمل وأنه تلميذ الحسن الكرخى [أستاذ الجصاص] ، ولكن الزركلى يقول ان كنية هذا الشخص هى أبو يعقوب وأن تاريخ وفاته هى بعد ٥٢٢ هـ . فهو اذاً متأخر ولا يمكن أن يكون درس على الحسن الكرخى .

وإليك الآن وصفاً لهذه المخطوطات قدر ما استطعنا استخلاصها من الميكروفلمات ومن فهارس المخطوطات ومما كتبه إلىّ بعض الزملاء فى وصفها .

١ — مخطوطة ليدن وقد أشرنا إليها بحرف ل : وهى رقم ٥٥٠ من فهرست ليدن للمخطوطات :

(Catalogus Codicum Orientalium Bibliothecae Academiae Lugduno Patavae — Volumen Quartum' MDCCLXXVII)

وتتألف من ٢٦٦ ورقة . وقد وصفها لى الزميل جورج مقدسى(٣٩) فقال :

إن أول صفحتين (دون ترقيم) هما بالحبر الأسود ، وهما بمثابة فهرست للأبواب مع رقم الصفحات . أما باقى المخطوطة فهو بحبر «بنى» كالح تخلل ورق المخطوطة فأكسبه لوناً بنياً . غير أن أقسام المخطوطة المختلفة جرى فصلها أولا بالحبر الأحمر مثل كلمة « فصل » أو كلمة «مسئلة» ، والملاحظات على الهامش بحبر أسود ، مع وجود ملاحظات بحبر بنى . أما بعد ورقة ١٣٢ فصارت كلمات « فصل » و « مسئلة » و « قال » تكتب بالحبر الأحمر أو الأسود دون تمييز . وجدير بالذكر أن ابتداء من ورقة ١٦٥ أ(٤٠) صار النص كله بالحبر الأسود حتى ورقة ١٩٧ ب ، وكذلك من ورقة ٢٠٩ أ حتى آخر الكتاب .

المخطوطة مجلدة بجلد نقش عليه باليد ، وفى وسط الغلافين نقش بصورة وردة .

الورق سميك جيد ، ولكنه غير صقيل .

طول الكتابة ٢٤ ، ١٥ سم وعرضها ٤٣ ، ١١ سم .

---

(٣٩) فى رسالة منه من هارفرد بتاريخ ٤ أكتوبر سنة ١٩٦٥ بعد زيارته لمدينة ليدن .

(٤٠) انظر أدناه : الفقرة الثانية من قسم مقابلة المخطوطات وأسلوب التحقيق .

ومخطوطة ليدن هى أقدم المخطوطات الثلاث فقد وقع الفراغ من كتابتها سنة ٥٩٢هـ فى مدينة حلب، وذلك فى العهد الأيوبى بعد وفاة صلاح الدين بثلاث سنوات. تقول خاتمة المخطوطة:

تم كتاب أدب القاضى للخصاف رحمه الله، ووقوع الفراغ من نسخه يوم السبت فى سابع عشر من ذى القعدة من سنة اثنى [كذا] وتسعين وخمسمائة وكاتبه العبد الفقير الراجى لغفران الله تعالى فلاح بن مناع غفر الله له ولوالده ولجميع المسلمين، بالمدرسة المحرمة [؟] الحنفية بمدينة حلب، حماها الله تعالى ورحم بانيها ونفع ساكنيها بمحمد وآله وأصحابه الطاهرين.

ولسوء الحظ لم نعثر على اسم الكاتب فى المراجع المعتبرة لنعرف مدى تبحره فى الفقه، ولكن الأخطاء الكثيرة فى النقل والتنقيط وكثرة الاضطراب فى المعنى تدل على أنه لم يضرب بسهم وافر فيه ولا فى اللغة. ولم نتيقن من المدرسة التى جرى النسخ فيها، ولعلها هى المدرسة الحنفية التى كانت كنيسة فيما قبل وجدد فيها الملك العادل نور الدين إيوانا وجعله مدرسة لتدريس مذهب أبى حنيفة [٤١].

ولسنا نعرف بالتأكيد لمن نسخت هذه المخطوطة إذ كل ما لدينا هو لقب المنسوخة له. تقول المخطوطة فى آخر صفحة منها وبعد صفحة الخاتمة، ولكن بالخط نفسه:

برسم الصدر الكبير المحترم ضياء الدين أدام الله أيامه وحرس أنعامه وضاعف إقتداره، ولازالت الأيام تلبس من محاسنه

(٤١) انظر كتاب الأعلاق الخطيرة فى ذكر أمراء الشام والجزيرة، تأليف عز الدين محمد بن على بن ابراهيم ابن شداد (المتوفى ٦٨٤ هـ) وتحقيق دومينيك سورديل، دمشق، ١٩٥٣، ص ٤٥.

جديداً ، ومن مناقبه عقوداً ، ما طرد ليل نهاراً وطلب سيل قراراً ، إنه على ذلك قدير .

ولقب الصدر هذا يغلب إطلاقه على رجال الدين،وقد استعمل منذ أوائل القرن السادس(٤٢) .

وعلى الرغم من كثرة الأخطاء والاضطراب فى المخطوطة فقد تعهدها أحد أئمة الحنفية المعروفين ، إذ يوجد فى أسفل آخر صفحة من المخطوطة بخط دقيق مخالف لخط المخطوطة ما يلى :

بعهد [؟] العبد الضعيف عباس بن أبى سالم بن عبد الملك الحنفى عفا الله عنه تابع [؟] الشيخ خليفه بن حفاظ [؟] المقيم بحاة المعروف بابن العادة رحمه الله بحاة بتاريخ مستهل جمادى الآخرة سنة ست عشرة وستمائة هجرية .

وعباس بن سالم بن عبد الملك كان إماما فقيها سمع وحدث . سمع بدمشق عن أبى على حنبل بن عبد الله بن الفرج ، وبحلب من الشريف أبى هاشم عبدالمطلب بن الفضل الهاشمى،وتوفى سنة ستوخمسين وست مئة بدمشق(٤٣)

ومن الطبيعى أن يكون قد تداول المخطوطة كثيرون ، وصفحة العنوان قد احتفظت لنا ببعض أسمائهم.إنما لم يتيسر لنا التثبت من شخصياتهم.والملاحظ أن اثنين من الأسماء يبتدئان ب « نوبة » ، أى جلسة التدريس ، مما يدل على

---

(٤٢) انظر الألقاب الاسلامية ، لحسن الباشا ، القاهرة ١٩٥٧ ، ص ٣٧٧ . والاشارة الى ضياء الدين هى قطعاً ليست لضياء الدين ابن الأثير الذى تجد ترجمته فى العبر فى خبر من غبر ، للحافظ الذهبى ، بتحقيق صلاح الدين المنجد ، ج ٥ ، ص ١٥٦ ، على الرغم من الاتفاق فى اللقب وتقارب التاريخ ، اذ أنه لم يذهب الى حلب حتى سنة ٦٠٧ هـ .

(٤٣) الجواهر المضية ، ج ١ ، ص ٢٦٩ .

أن المخطوطة قد استعملت فى التدريس . وهى هكذا: نوبة أحمد بن الزركشى الحنفى ، ونوبة الحسن بن عبد الله الحنفى . وفى وسط الصفحة الأعلى : من كتب العبدوسى سنة ١٠٢٨ . ثم إلى شمال عنوان الكتاب : من كتب العبد الفقير إلى الرحمن القدير محمد بن الحسن [؟] المشتهر بأمير حاج النفير [؟] الحنفى .

أما عنوان المخطوطة فيجىء فى رابع صفحة ، بعد الفهرست ، وهو كما يلى : كتاب أدب القاضى للخصاف مما علق عن أبى بكر أحمد بن على الرازى قدس الله روحه ونور ضريحه بمنه وكرمه. ثم بخط مخالف ومتأخر ما يلى : مصنف هذا الكتاب أحمد بن عمرو ، وقيل عمر ، بن أمهر ، وقيل مهران ، أبو بكر الخصاف الشيبانى ، مات ببغداد فى سنة إحدى وستين ومأتين . ثم بنفس الخط: شارح هذا الكتاب أحمد بن على أبو بكر الرازى المعروف بالجصاص رحمه الله تعالى ، توفى فى يوم الأحد سابع ذى الحجة سنة سبعين وثلثمائة ببغداد .

٢ — مخطوطة فيض الله وقد أشرنا إليها بحرف ف : وهى رقم ٦٥٨ من مجموعة فيض الله المحتفظ بها الآن فى (ملة كتبخانة سى) فى استانبول . وهى تتألف من ٢١٥ ورقة،وفى كل صفحة منها واحد وعشرون سطرا ، وطول الكتابة ١٩٫٢ سم وعرضها ١٢٫١ سم . ومما يلاحظ أن خمس ورقات بعد ورقة ٤٨ سقطت ثم أعيدت إلى غير مكانها ، فهى تقع الآن بين ٦٩ أ و ٧٨ ب . وعليه يجب الرجوع من ٧٨ ب إلى ٤٩ أ لاستئناف النص كما كان أصلا . والكتابة بحبر أسود وكذلك الفواصل .

ولسوء الحظ لا تذكر الخاتمة تاريخ انتساخ المخطوطة ولم نستطع التوصل إلى معرفة التاريخ بالاستقراء اعتمادا على اسم الناسخ واسم المنسوخة له . إنما لا نشك فى أن شكل الخط هو من القرن السابع ، كما لا نشك فى أن الناسخ

كان يتقن العربيةوكان ذا خط جميل واضح فى أكثر الأحيان . أما الخاتمة ، وهى التى تذكر اسم الناسخ والمنسوخة له ، فهى بخط مخالف لخط المخطوطة ، فيتعذر لذلك الاعتماد على هذه الخاتمة لمعرفة تاريخ المخطوطة حتى ولو استطعنا التعرف إليهما . تقول الخاتمة :

تفضل المولى الإمام العالم السيد الصدر الكبير جمال الدين فخر الإسلام والمسلمين أدام الله أيامه على خادمه مفضل بن أحمد بن المهذب بانتساخ هـــذا الكتاب فنسخه من أوله إلى آخره . ولكن المولى الإمام جمال الدين أدام الله سعادته أبداً دأبه يجرى مكرمة ويسدى عارفة ويغتنم أجراً ويسترق حرما [؟] لا زال أبداً كعبة للقاصدين وملجأ وموئلا للطالبين بمحمد وآله الطاهرين أدام [الله] عليه أفضل ماخوله وبقى النعمة عليه وله .

ولم يرد اسم الناسخ فى المصادر المعتبرة. أما جمال الدين فهو لقب ولا يدل دلالة قاطعة ، وكان يطلق فى أوائل العصر المملوكى عادة على من كان اسمه يوسف من القضاة والعلماء(٤٤) . وقد خطر لنا أن هذه الخاتمة زيدت فيما بعد ، فهى بخط مخالف لخط المخطوطة ، ثم إنها تأتى مباشرة بعد خاتمة أخرى مقتضبة بخط المخطوطة الأصلى وتقول : آخر تعليق أدب القاضى للجصاص ، والحمد لله رب العالمين والصلاة على سيدنا محمد النبى وعلى آله وأصحابه المنتخبين الطاهرين وحسبنا الله ونعم الوكيل . وخطر لنا أيضا — ونحن نقدم هذا الرأى بكثير من التحفظ — أن الخاتمة المزيدة تشبه السماعات التى تزاد فى آخر المخطوطات بمعنى أن الملقب بجمال الدين كان يملك هذه المخطوطة ، فتفضل على مفضل

---

(٤٤) الألقاب الاسلامية لحسن الباشا ، ص ١٠٤ . غير أن قاضى القضاة الحنفى فى أيام الظاهر برقوق ، وهو أول المماليك البرجية ، كان اسمه جمال الدين محمود الحلبى القيسرى . انظر الألقاب الاسلامية ، ص ٩٦ .

ابن أحمد بن المهذب وسمح له بانتساخها ، فكتب مفضل فى آخر المخطوطة التى نسخ منها هذه « الخاتمة » المزيدة اعترافا منه بفضل جمال الدين عليه ، كما كان يفعل بالسماعات فى آخر مخطوطات الكتب التى يجرى تدريسها ، فهى تشهد بسماع فلان وفلان عند قراءة كتاب كذا على المؤلف أو على شيخ له إجازة بتدريسه . وإذا كان الأمر كذلك فهذه « الخاتمة » لا تفيدنا فى معرفة تاريخ المخطوطة .

ومما يلاحظ أن صفحة العنوان ، شأنها شأن صفحة الخاتمة ، تشير إلى كون الكتاب من تأليف الجصاص دون ذكر كونه شرحاً على كتاب الخصاف فهى تقول : كتاب أدب القاضى للجصاص ، تأليف الإمام الكبير أبى بكر أحمد بن على الرازى المعروف بالجصاص ، قدس الله روحه ونور ضريحه . ولكن النص يدل بطبيعة الحال على أن الكتاب هو شرح للجصاص — أو « تعليق » كما تقول الخاتمة — على كتاب الخصاف .

أما الذين ملكوا المخطوطة فلا يقل عددهم عن الثمانية ، وتظهر أسماؤهم على الصفحتين الأولى والثالثة من المخطوطة . إلا أننا لم نتعرف إلى أحد منهم سوى الأخير وهو الذى جعل المخطوطة وقفا وهو « السيد فيض الله فى السلطنة العلية العثمانية » ، فى آخر صفحة من المخطوطة ختم وقف السيد فيض الله ، وهو كما يلى : وقف شيخ الإسلام السند فيض الله أفندى غفر الله له ولوالديه ، بشرط أن لا يخرج من المدرسة التى أنشأها بقسطنطينية سنة ١١١٣ .

وليس أدل على أهمية هذه المخطوطة من الوجهة العلمية من أن هذا العالم الجليل قد اعتمدها ومن ثم أوقفها لمدرسته . ففيض الله هذا هو المعروف بفيضى الأرضرومى ، وهو ابن السيد محمد بن بير محمد بن أحمد بن شيخ جنيد ، الحنفى ، مفتى الإسلام . والمتوفى شهيداً سنة ١١١٥ ، وله تصانيف فى العقائد والتفسير ، كما أن له الفتاوى الفيضية . وكان مقرباً من آل عثمان فصار معلما

ومؤذناً للسلطان مصطفى سنة ١٠٨٠ ، وأعطى الملازمة والتدريس ، ومن بعده للسلطان أحمد حتى قتل فى فتنة أدرنة. ومن أعمال البر التى قام بها إنشاؤه مدرسة وجامعاً فى أرضروم ، ودارا للحديث فى دمشق ، ومدرسة ومكتبة (كتب خانة) فى استانبول [٤٥]، وهى المكتبة التى احتوت المخطوطة التى نحن بصددها .

٣ — مخطوطة جار الله ، وقد أشرنا إليها بحرف ج : وهى رقم ١٦٨٩ من مجموعة جار الله المحتفظ بها الآن فى (ملة كتبخانة سى) فى استانبول ، وهى تتألف من ٢٠٢ ورقة ، وفى كل صفحة منها واحد وعشرون سطراً ، وطول الكتابة ٢٠٫٨ سم وعرضها ١٣٫٢ سم والكلمات الفاصلة بالحبر الأحمر ، وكذلك الخطوط فوق الآيات القرآنية .

وهذه المخطوطة هى أحدث المخطوطات الثلاث تاريخاً ، فقد نسخت فى منتصف القرن العاشر . تقول الخاتمة : وقد تم كتاب شرح أدب القاضى للخصاف ، تأليف الشيخ الإمام العالم الكبير أبى بكر أحمد بن على الرازى المعروف بالجصاص ، قدس الله روحه ونور ضريحه ، فى يوم الخميس المبارك ثالث شهر ذى القعدة الحرام سنة ٩٤٩ ، على يد أقل عباد الله وأحوجهم إلى رحمته ومغفرته عبد الرحمن بن أحمد بن عكاشة الأزهرى الشافعى ، سامحه الله وغفر له ولوالديه ولمالكه والناظر فيه والمسلمين .

أما ناسخ المخطوطة ، عبد الرحمن بن أحمد بن عكاشة ، فلا ذكر له فى

---

(٤٥) انظر سيرة حياته فى هدية العارفين لاسماعيل باشا البغدادى ، استانبول ، سنة ١٩٥١ ، جـ ١ ، ص ٨٢٣ ، وسلك الدرر لمحمد خليل المرادى ، القاهرة ، سنة ١٣٠١ هـ ، جـ ٤ ، حيث أثبت اسمه خطأ تحت مادة : فضل الله ، والموسوعة الاسلامية ، الطبعة التركية ، تحت مادة : Feyzullah Effendi .

المراجع المعتبرة لذلك العصر كالشوكانى، والغزى، وابن العماد [٤٦]، إنما لاشك فى أنه كان له اضطلاع واسع على قواعد العربية وعلى الفقه الاسلامى عامة لكونه شيخاً أزهريا. فهو كثيراً مايحاول تقويم الأصل الذى نقل عنه إن وجد فيه غموضاً، فتكون النتيجة أسلوبا سلساً ولكنه يبعد بعض الشىء عن الأصل، لذلك فإننا لم نعتمد على هذه المخطوطة لتحقيق الأصل بل رجعنا إليها فقط للاستئناس ولمساعدتنا أحيانا فى حل رموز ما أشكل، كما فعلنا فى فقرة 330.

على أن هذه المخطوطة كانت موضع اعتماد بعض من ملكها، ففى مقابل الصفحة الثانية من الفهرست ذكر لبعض النقاط المهمة مع ذكر الصفحة التى ترد فيها تلك النقاط، مما قد يدل على أن هذه المخطوطة كانت تستعمل كمرجع فى القضاء غير أننا لم نتعرف إلى من ملكها قبل مآ لها إلى ولى الدين جار الله الذى أوقفها كما سيجىء. ومن هؤلاء المدعو نعمة الله والشهير بصدر الدين، ومنهم أيضاً محمد منير [؟] المعروف بكوازاده ــ ملكها سنة ١١٢٣. ثم انتقلت ملكيتها إلى ولى الدين المذكور إذ يوجد فى أعلى صفحة العنوان إلى اليمين هذه الملاحظة: من لطف الله على أبى عبد الله ولى الدين جار الله سنة ١١٣٥. وأبو عبد الله هذا هو ولى الدين بن مصطفى اليليشهرى القسطنطينى، والملقب بجار الله الرومى، ولد فى ينيشهر (يكيشهر) وجاور بمكة سبع سنين، وسكن استانبول فبنى فيها مدرسة ومكتبة قرب مسجد الفاتح. وتوفى ١١٥١هـ ــ ١٧٣٨م ودفن فى تلك المدرسة. ونقلت المكتبة بعده إلى جامع السلطان بايزيد. وله تصانيف فى الجهاد والمنطق والتفسير [٤٧]. فالمخطوطة المشار إليها هى من تلك

---

(٤٦) المراجع هى : البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع لمحمد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ ؛ والكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، لنجم الدين الغزى، تحقيق جبرائيل جبور، بيروت ١٩٤٥ ؛ وشذرات الذهب، لعبد الحى ابن العماد المتوفى سنة ١٠٨٤، القاهرة ١٣٥١ هـ.

(٤٧) انظر ترجمته فى الأعلام للزركلى، جـ ٩، ص ١٣٧، وفى هدية العارفين للبغدادى، جـ ٢، ص ١٠٥.

المكتبة التي أصبحت فيما بعد قسما من (ملة كتبخانة سى) فى استانبول ، وهى تحمل فى آخر صفحة منها ختم وقف جار الله .

مقابلة المخطوطات وأسلوب التحقيق :

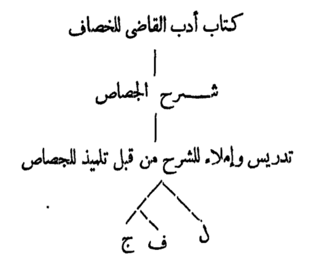
كنا ذكرنا فى معرض كلامنا عن الشرح أن المخطوطات التى بين أيدينا تمثل محضر جلسات تدريس قام به أحد تلامذة الجصاص ودرس فيه شرح أدب القاضى ، وأحيانا عاق على ذلك الشرح بسؤال أو ملاحظة من عنده . فمخطوطة ل تمثل ما أثبته أثناء تلك الدروس ، وعلى طريقة الاستملاء ، أحد التلاميذ ، ومخطوطة ف تمثل ما أثبته تلميذ آخر . فالنص فيهما يكاد يكون واحداً إلا أن هنالك إختلافا فى بعض الكلمات مع كون مدلولها واحد — وهو مايقع عند الاستملاء الشفهى وليس عند النقل الحرفى الكتابى . ثم إن هناك فقرات بأكملها أثبتتها إحدى المخطوطتين فى حين أغفلتها الأخرى . أما مخطوطة ج فهى تشبه مخطوطة ف فى نصها غير أنها لم تنقل عنها لوجود بعض الاختلاف بينها — فمثلا إن فقرة 434 موجودة فى ج وليست فى ف — وأغاب الظن أن هاتين المخطوطتين نقلتا عن نفس المصـــدر أو أنهما متفرعتان عنه .

وجدير بالذكر أن ابتداء من ورقة ١٦٥ من مخطوطة ل تقل الاختلافات بينها وبين مخطوطة ف . وإذا ماتذكرنا أن مخطوطة ل ابتداء من تلك الورقة(٤٨) تغير لون الكتابة فيها وصار بالمداد الأسود ، جرنا ذلك إلى التخمين أن مخطوطة ل إبتداء من تلك الورقة جرى انقطاع فى مصدر نسخها السابق فصارت تنقل عن نفس المصدر الذى تسلسلت عنه مخطوطتان ف و ج .

---

(٤٨) انظر أعلاه ملاحظة ٤٠ .

وعليه يمكننا أن نصور علاقة المخطوطات مع بعضها — على الأقل حتى ورقة ١٦٩ من ل — على الشكل التالى :



إن مخطوطة ل هى أقدم المخطوطات الثلاث فقد نسخت سنة ٥٩٢ ﻫ ومع أنها فيها اضطراب كثير ، ورغم الالتباس الناشىء عن أخطاء كثيرة فى تنقيط الحروف فيها ، فهى تمثل أقرب صيغة إلى الأصل . وكثيراً ما استطعنا حل مشكل ما بالرجوع إليها عوضاً عن مخطوطة ف التى تمثل صيغة أصح فى كثير من المواضع ولكنها أحياناً لاتفك الإشكال (٤٩) . وكما قلنا سابقاً اننا لم نعتمد على ج للأسباب المذكورة ، بل رجعنا إليها فقط للاستئناس وللتيقن مما صعبت قراءته . وعليه فكان الاعتماد أساساً على ل إلا إذا رأينا من الأصوب إثبات ماتقوله ف توضيحاً للمعنى . وفى كثير من الفقرات ، وخصوصاً مابين فقرة 409 وفقرة 462 ، أثبتنا ماتقوله ف إذا ظهر لنا أن ماتقوله ل مضطرب ويصعب استخلاص المعنى منه . وفى بعض المواضع أثبتنا بعض الأحاديث ذات الصبغة المعنوية — لا القانونية — الواردة فى ف مع أن ل أغفلتها بسبب أن تلك المخطوطة ذات نزعة عملية أكثر منها تهذيبية أو أخلاقية .

---

(٤٩) انظر مثلا فقرة 438 حيث تقول كل من ف و ج : إن البينة لا يقع بها قضاء ، فى حين أن ل أثبتت النص الصحيح وهو : إن اليمين لا يقع به قضاء .

ولقد اتبعنا طريقة تدل على أية مخطوطة اعتمدنا عليها ، وذلك أننا إذا أثبتنا ملاحظة فى الهامش تنص على أن مخطوطة ل تقول كذا فمعناه أن المثبت فى المتن هو من ف ، والعكس بالعكس . أما إذا اعتمدنا على ج فى بعض الأحيان فإننا نذكر ذلك فى الهامش .

لقد أبقينا تقسيم الكتاب على حاله ، فعناوين الأبواب ، وهى مئة وستة أبواب ، كافية للدلالة على موضوعات الكتاب ، وتختلف الأبواب فيما بينها ، فبعضها يتخللها مسائل وفصول ، وبعضها لا . فالمسائل ، كما يدل اللفظ ، هى للنقاط التى تطرح بشكل سؤالات نظرية وتبتدىء غالباً بالقول « ولو أن .. » أما الفصول فهى ، كما يدل معناها ، للتفريعات عن المسائل . كأن تكون نقاطا ثانوية مبنية على المسائل ، أو استدراكات لا تتبع المسائل ، أو أموراً تمت إليها بسبب [٥٠] . غير أن مخطوطات الكتاب لا تتبع دائماً هذا النظام الرتيب ، فكثيراً ما ينتظر القارىء وجود كلمة «مسئلة» عند ورود نقطة نظرية افتراضية فلا يجدها ، وكثيراً ما تخلط المخطوطات بين كلمتى « مسئلة » و « فصل » ، فتثبت واحدة إحدى الكلمتين بينما تثبت الثانية الأخرى . وقد أشرنا إلى ذلك الاختلاف فى حينه بالهامش .

أننا سعينا جهدنا فى التعريف بالآيات القرآنية ، فأشرنا فى الهامش إلى السورة ورقمها ورقم الآية ، وفى التعريف بالأحاديث النبوية ، فرجعنا إلى كتب الحديث المعتبرة ، مثل الكتب الستة ، لمعرفة ما إذا كان الحديث وارداً فيها . وفى التوصل إلى ذلك اكتفينا بالرجوع إلى المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوى ، ترتيب أ . ى ونسنك وآخرين ، ثم إلى واحد من المراجع المذكورة هناك . وفيما ندر من الحالات رجعنا إلى مرجعين وإذا لم نعثر على الحديث فى ذلك المعجم قلنا : لم نعثر عليه فى ونسنك . وإذا

---

(٥٠) انظر مثلا فقرة 187 .

تكرر ورود الحديث بنفسه فى باب واحد فإنا اكتفينا بالتعريف به مرة واحدة فى ذلك الباب . أما أسماء الأشخاص الواردة فى الكتاب فإننا علاوة على التعريف ببعض منهم بالهامش خصصنا ملحقاً بالأسماء فى آخر الكتاب مع نبذة صغيرة لكل اسم كى يسهل التعرف إليها إذا ما وردت فى الكتاب غير مرة ، وفى الغالب اكتفينا بالرجوع إلى كتاب الأعلام للزركلى فهو يذكر فى كل ترجمة المصادر التى استقى المادة منها ، فلا حاجة إلى إعادتها . وإذا لم يرد الاسم فى ذلك الكتاب رجعنا إلى المصادر الأولية ، وفى الغالب اكتفينا بمصدر واحد أو اثنين . بيد أننا فى التعريف بالأسماء أغفلنا رجال الأسانيد واكتفينا بالتعريف بالصحابى أو التابعى راوى الحديث ، فهذا الكتاب هو كتاب فقه وليس بكتاب حديث ، والجصاص نفسه كثيراً ما أغفل الأسانيد والأحاديث التى وردت فى كتاب الخصاف ، كما فى فقرة 685 . وأحياناً أغفلنا التعريف بمن ذكر عرضاً وليس فى التعريف به من كبير فائدة .

بقى أن نشير فى وصفنا لأسلوب التحقيق أننا فى إثبات الاختلافات بين المخطوطتين الرئيسيتين ، ل و ف ، أهملنا ذكر الاختلافات الطفيفة التى لا تجر اختلافاً فى المعنى كالواو والفاء للعطف — إلا إذا كان المراد التتابع — وكحرفى الجر : فى و ب ، وكقول : من قبل أن ... ولأن ، وكالتقديم والتأخير فى الجمل بدون قصد التمييز فى المعنى . وكذلك أهملنا الاختلاف فى عبارات الترحم والترضى والتصلية والتسبيح مثل : رحمه الله ، ورضى الله عنه ، وصلى الله عليه وسلم ، وعليه السلام وعز وجل ، وسبحانه ، وتعالى . ثم إننا اتبعنا فى التهجئة الاصطلاح الحديث وأغفلنا ذكر الاختلافات بين المخطوطات فى هذا كما أغفلنا ذكر الأخطاء فى التهجئة وخصوصاً فى حالات الجزم ، وصححنا الأعداد من تذكير وتأنيث وفق قواعد العربية .

الرمـوز :

لقد استخدمنا هذه الرموز إما للإيجاز أو الدلالة على أحد المعانى :

ل : مخطوطة ليدن .

ف : مخطوطة فيض الله باستانبول .

ج : مخطوطة جار الله باستانبول .

// : آخر الصفحة من المخطوطة المشار إليها بين القوسين التابعين [ ] ، والوجه من الورقة يشار إليه ب أ ، والظهر يشار إليه ب ب .

(٣ . . . . ٣) : القوس الصغير المفتوح مع عدد ما إلى قوس آخر مغلق مع نفس العدد يعنيان أن المادة بين القوسين هى موضوع الملاحظة ذات العدد نفسه فى الهامش .

﴿ . . . . ﴾ : للآيات القرآنية .

« . . . . » : للأحاديث النبوية .

{ . . . . } : مابين هذين القوسين هو من كتاب الخصاف ، وماعداه هو شرح .

[. . . .] : مابين هذين القوسين مزيد من قبل المحقق .

الأعداد اللاتينية : هذه تدل على الفقرات التى قسمنا الكتاب إليها تسهيلا للإشارة إلى المادة فى الملاحظات الهامشية وفى الفهارس . إلا أنه وقع خطأ فى الترقيم لحذفت الأعداد بين 60 و 70 .

وأخيراً يسعدنا أن نعترف بفضل الأشخاص الذين ساعدونا فى تحقيق هذا الكتاب والمؤسسات التي دعمتنا مالياً لإنجازه : الزملاء إبراهيم أبو لغد ،

وجورج مقدسى ، وفيليب ستودارد ساعدونا إما فى الحصول على ميكروفلمات المخطوطات أو فى وصفها لنا . السادة عبد الوهاب المسيرى ، وسعد السبعاوى، وضرغام سبيت ساعدونا فى مقابلة المخطوطات وفى إعداد الفهارس . جامعة برنستون ، حيث كنا من أساتذتها ، وجامعة واشنطون ، حيث نعلم الآن ، تكرمتا فهيئتا لنا بعض الوقت للتفرغ لعمل التحقيق . وكذلك تكرم مركز البحوث الأمريكى بمصر فخصص لنا زمالة لإنهاء التحقيق فى القاهرة حيث كنا محط عناية مركز الدراسات العربية بالجامعة الأمريكية . وبالقاهرة سعدنا بمشورة بعض الأصدقاء نخص بالذكر منهم الدكتور محمد البهى ، والمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، والدكتور حمدى سكوت ، والدكتور برنارد وايز . وقد أشرف الأخيران على الطبع . فلجميع هؤلاء شكرنا الخالص على ماقدموه من مساعدة كما نشكر مطبعة الجامعة الأمريكية بالقاهرة ، ومطبعة الجبلاوى على إنجاز طبع هذا الكتاب ونشره .

سياتل ، واشنطون — **فرحات زيادة**

١ أغسطس ١٩٧٧

بسم الله الرحمن الرحيم ربِّ يسّر خيراً[1] [ل ا ب]
[ف ا ب]

1 قال الشيخ الإمام أبو بكر أحمد بن على الرازى : لا يجوز لأحد أن يتولى القضاء حتى يكون عالماً بالكتاب والسنة واجتهاد الرأى والنظر ، وذلك لأنه[2] إذا كان عالماً بالنص فى الكتاب والسنة إلى أنه لا[3] يعرف الاستدلال والنظر ورد الفروع إلى الأصول لا يقدر أن ينفذ الحكم فى حادثة إذا وقعت[4] وهى لم توجد فى الكتاب والسنة[4] ، فلابد له من أن يعرف اجتهاد الرأى والنظر ورد الفروع إلى الأصول ، ولابد له من أن يعرف حكم الكتاب والسنة أو عامته[5] ، لأنه وإن كان عارفاً بالاجتهاد والنظر فإنه إذا لم[6] يعرف النص[6] لم يأمن أن يحكم بالاجتهاد مع وجود النص ، فيكون حكمه غير نافذ ، لأنه لا حظّ للقياس مع النص. فلهذا[7] قلنا إنه لابد له[8] من[9] معرفة النص[9] واجتهاد الرأى والنظر .

2 قال أبو بكر رحمة الله عليه : فإذا حصلت له[1] هذه الصفة وهو عدل

1 (١) ف : اللهم يسر . ج : لا إله إلا الله عدة للقائه .
(٢) ف : أنه . (٣) ف : لم .
(٤) ف : مما لا يوجد فى نص الكتاب والسنة . وفى ج : مما لا يوجد فى بعض الكتاب والسنة .
(٥) كذا فى ف ، ج . فى ل : علامته .
(٦) ف : يكن يحكم بالنص .
(٧) كذا فى ف ، ج . فى ل : فاذا .
(٨) ساقط من ل .
(٩) ف : معرفته النص وفى ج : معرفة بالنص .
2 (١) ساقط من ل .

جاز له أن يتولى القضاء مع[٢] سلطان عادل[٣] أو جائر ، وحكمه نافذ . أما إذا كان المولّى له عادلا فلا شبهة فى جواز ولايته القضاء بالكتاب والسنة والإجماع. إما الكتاب فقوله تعالى ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾[٤] وهذا خطاب لكافة الناس ، والإمام العادل يقوم مقام الكافة فى إقامة حقوق الله تعالى ، [٥]فله أن ينصب[٥] أيضاً من يقوم[٦] بإقامة الحدود وغيرها من الأحكام [٧]إذ كان ذلك حقاً لله تعالى[٧] . [٨] وغير ذلك من الرأى يدل على ذلك[٨] . ومن جهة السنة أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً إلى اليمن وولاه الأحكام . وقد ولّى أيضاً غير معاذ فإنه[٩] قد ولى علياً بن أبى طالب وعمار بن ياسر وخالد بن الوليد على الجيش ، وعليه[١٠] إجماع الأمة . وأما إذا كان السلطان المولى للقضاء جائراً فإنما جاز للقاضى أن يتولى القضاء من جهته إذا كان عدلا فى نفسه ، لما قدمت أن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم تولوا[١١] الأمور من جهة معاوية ومن نحا نحوه من الخارجين على علىّ عليه السلام ، وكان الحق مع علىّ رضى الله عنه. وروى أن الحكم بن عمرو الغفارى لما ورد عليه رسول معاوية قال له : إن أمير المؤمنين أمرك أن تصطفى له الصفراء //[ف٢ أ] والبيضاء ، يعنى الذهب والفضة .//[ل ٢ أ] قال له الحكم : كتاب الله عز وجل قبل كتاب أمير المؤمنين ، قال الله تعالى ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه ﴾ .

---

(٢) ف : من . (٣) ساقط من ف .
(٤) سورة المائدة ، ٥ : ٤٩ .
(٥) كذا فى ف . فى ل : فكان ينصب .
(٦) مزيد هنا فى ج : مقامه .
(٧) ف : لإذا كان ذلك من حق الله تعالى .
(٨) كذا فى ف ، ج . فى ل : ويدل على ذلك من غيرها من الآية .
(٩) ساقط من ف . (١٠) ف : وهو .
(١١) كذا فى ف ، ج . فى ل : توليا .

الآية[١٢]. ثم قام فصعد المنبر وخطب الناس وقال : إن معاوية أمرني أن اصطفي له الصفراء والبيضاء ، وإن كتاب الله قبل كتاب معاوية ، فاغدوا[١٣] على غنائمكم حتى أقسم بينكم، وذكر الحديث[١٤]. ثم قال: اللهم لا تبقني[١٥] بعد هذا . فنزل من المنبر ومات . ففي هذا الخبر دليل على جواز [١٦]ولاية القاضي القضاء[١٦] من السلطان الجائر إذا خلى بينه وبين الأحكام ومتى[١٧] لم يخل بينه وبين[١٨] الأحكام لم يجز أن يتولى[١٩] لأن الحَكَمَ لما أمره معاوية بخلاف ما حكم الله تعالى تمنى الموت وترك الإمرة . كذا قال الشيخ رحمه الله : يجوز[٢٠] أن يتولى[١٩] على أن يُخلّى [٢١]هو وأحكامه فأما إذا لم يُمكّن من إنفاذ الأحكام لم يجز له الدخول فيه[٢١] .

فصل[١]

3 قال أبو بكر رحمه الله : والمستحب عندنا الامتناع من الدخول فيه من قبل أن إنفاذ الأحكام من حق الله تعالى لم يلزمه[٢] بعينه فله أن لا يلزم نفسه، لأنه لو ألزم نفسه لم يأمن أن يألو فيها ، فيكون قد ألزم نفسه حقاً لم يقم به، فيكون مأخوذاً به . والآثار التي رويت عن النبي صلى الله عليه وسلم [٣] في وعيد القضاة وشدة ما يكون لهم بهذا المعنى . روى عن النبي عليه السلام[٣] أنه قال « يجاء بالقاضي[٤] يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يود لو[٥] لم

---

(١٢) سورة الأنفال ، ٨ : ٤١ . (١٣) ج : فأعدوا .
(١٤) لعله يشير هنا إلى الأحاديث الخاصة بقسمة الغنيمة إلى خمسة أخماس . انظر تفسير الطبري ، ج ١٠ ص ٦ .
(١٥) ف ، ج تفنني . (١٦) ف : الولاية .
(١٧) ف : وإنه متى . (١٨) مزيد هنا في ف : إنفاذ .
(١٩) ف : يتولاه . (٢٠) ساقط من ف .
(٢١) ساقط من ل .
3 (١) كلمة « فصل » موجودة في ف ، ج ، وليس في ل .
(٢) مزيد هنا في ف : هو . (٣) ساقط من ج .
(٤) مزيد هنا في ف : العدل . (٥) ف : أنه .

يكن قضى بين اثنين »[٦] ، ولأن فيه إيفاء[٧] حق بنى آدم وإنفاذ حكم الله تعالى وليس كل[٨] أحد يقدر على إنفاذه حسب الواجب . وروى عن على عليه السلام أنه خطب الناس بذى قار وعليه عمامة سوداء فقال : أيها الناس إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ليس من وال ولا قاض إلا ويؤتى به يوم القيامة حتى يوقف بين يدى الله تعالى على الصراط ثم تنشر الملائكة سيرته فيقرأ على رؤوس الخلائق ، فإن كان عدلا نجاه الله بعمله وإن كان غير ذلك انتفض به الصراط انتفاضة صار بين كل عضوين من أعضائه مسيرة مائة سنة ، ثم إن الصراط ينخرق به فما يتاقى[٩] قعر جهنم إلا بوجهه وحر// [ف ٢ ب] جبينه »[١٠]. وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم //[ل ٢ ب]«[١٢] من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين[١١]» . وعن مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله . وعنه عليه السلام أنه قال[١٢] لأبى ذر « إنى أراك ضعيفاً وإنى أحب لك ما أحب لنفسى فلا تَوَلَّيَنَّ[١٣] مال اليتيم[١٣] ولا تَأَمَّرَنَّ على اثنين »[١٤] . ولو كان المستحب الدخول فيها ما كان النبي عليه السلام يختار[١٥] لأبى ذر الامتناع منها . ولهذا المعنى امتنع منه[١٦] كثير من الصالحين .

فصـــــل

4 وأما جواز الدخول فيه[١] إذا أنصف[٢] نفسه ولم يتبع الهوى وأنفذ القضاء على حكم الله تعالى فلما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه

---

(٦) هذا الحديث لم يرد فى ونسنك .
(٧) ف : أيضاً . (٨) ساقط من ل .
(٩) ف : يلقى . (١٠) حديث على لم يرد فى ونسنك .
(١١) انظر ابن ماجة ، أحكام ، ١ . (١٢) ساقط من ل .
(١٣) ف ، ل : ما بينهم . (١٤) صحيح مسلم ، أمارة ، ١٧ .
(١٥) ج : اختار . (١٦) ساقط من ف .
4 (١) ف : فيها . (٢) مزيد هنا فى ف : من .

قال «إذا حكم الحاكم فأصاب فله أجران وإذا حكم واجتهد فأخطأ فله أجر»(٣). وعن الحسن أنه قال «لأجر حاكم عدل يوماً واحداً أفضل من أجر رجل يصلى فى بيته سبعين سنة» أو قال «ستين سنة»(٤) قال الحسن: لأنه (٥ يدخل من عدله٥) فى ذلك اليوم على كل بيت من المسلمين خير وهذا لايجوز أن يقوله إلا (٦) توقيفاً عن الصحابة عن النبى صلى الله عليه وسلم لأنه لاسبيل لأحد إلى مقادير الثواب إلا من جهة التوقيف. وأيضاً روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمرو بن العاص «اقض وأنت حاضر، أو جالس، (٧ قال: نعم٧). قال: على ماأقضى؟ قال: على أنك إن اجتهدت فأصبت فلك عشر حسنات وإن أخطأت فلك حسنة»(٨).

فصـــل

5 وأيضاً ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «القضاة ثلاثة قاضيان(١) فى النار وواحد فى الجنة، رجل حكم واجتهد فأصاب فهو فى الجنة ورجل اجتهد فأخطأ فهو فى النار»(٢)، (٣ وهذا محمول على ما ٣) إذا لم يكن من أهل الاجتهاد والنظر وذلك لأن النبى عليه السلام قد بين حكم المجتهد فى الأخبار الأخر(٤) أنه يكون مأجوراً وإن أخطأ فى(٥) اجتهاده وبيّن أن الذى فى النار هو الذى يحكم بغير علم، رواه ابن أبى بريدة عن أبيه أنه قال: قال رسول الله

---

(٣) انظر بخارى، اعتصام، ٢١. (٤) لم يرد فى ونسنك.

(٥) ف: لأنه يدخله من عدله. ج: لأنه يدخل فى عدله.

(٦) ساقط من ل.

(٧) ساقط من ل. (٨) لم أعثر على هذا الحديث.

5 (١) ف، ج: إثنان. (٢) قابل ابن ماجة، أحكام، ٣.

(٣) ف: فهو محمول عندنا أنه. (٤) ساقط من ج.

(٥) ساقط من ف.

صلى الله عليه وسلم « القضاة ثلاثة فاثنان فى النار وواحد فى الجنة ، رجل علم علما فقضى بما علم فهو فى الجنة // [ف ٣ أ] ، (٦ورجل جهل فقضى بالجهل ، يعنى أنه قضى بغير علم ولم يعلم الحق وقضى بالجهل ، فهو فى النار٦) ، ورجل قضى بغير مايعلم فهو فى النار »(٧) يعنى ترك الحق الذى يعلمه وعمد إلى الحكم بغير حق فهذا غير الأول لأن هذا عالم بالحكم إلا أنه تركه والأول كان جاهلا بالحكم أيضاً إلا أنهما جميعاً //[ل ٣ أ] فى النار . وفى خبر آخر « قاض قضى بجور فهو فى النار وقاض قضى بغير علم واستحي أن يسأل الناس فهو فى النار »(٨) . فإذا كان كذلك قلنا إنه إذا كان من أهل الاجتهاد فاجتهد ولم يأل فيه فأخطأ كان مأجوراً ، وإذا كان من غير أهل الاجتهاد كان مأثوماً .

6 قال أبو بكر رحمه الله . ويحتمل(١) أن يكون مراد على عليه السلام أنه اجتهد فيما لايسوغ له الاجتهاد لأن أبا العالية قال : قلت له مابال الذى اجتهد ؟ قال : هذا الحرورى(٢) اجتهد فأخطأ فهو فى النار . فأشار إلى مثل اجتهاد الخوارج . وكذا عندنا(٣) إن مثل هذا الموضع لايسوغ فيه الاجتهاد وإن من يجتهد فى مثل هذا فهو مخطىء مأثوم . وإلى هذا ذهب إياس بن معاوية ، ظن أنه إذا أخطأ المجتهد يكون فى النار وإن كان من أهل الاجتهاد واجتهد فى موضع يسوغ فيه الاجتهاد اظاهر الخبر حتى دخل عليه الحسن وهو يبكى فقال: مايبكيك ؟ وكان قاضى البصرة ، فقال : قول النبى صلى الله عليه وسلم

---

(٦) ساقط من ل .

(٧) قابل أبا داود ، أقضية ، ٢ .

(٨) لم يرد فى ونسنك .

6 (١) ف : يحمل .

(٢) الحرورى أى الخارجى نسبة إلى حروراء بظاهر الكوفة ، وكان فيها أول مجتمع الخوارج .

(٣) ف : عنه .

« القضاة[٤] ثلاثة » وذكر الحديث ، فقال الحسن : إن فيما أنبأنا الله عزوجل من نبأ النبيين داود وسليمان عليهما السلام خلاف هذا . قال الله تعالى ﴿ وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين . ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما ﴾[٥] فأخبر أن الذى اجتهدا جميعاً [٦] اجتهدا بعلم وحكم[٦] وإن كان اجتهاد كل واحد منهما مخالف لاجتهاد الآخر[٧] .

7 قال أبوبكر رحمة الله عليه : وهذه الآية تدل على صحة قول[١] الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه فى أن المجتهد مصيب فيما كلف به[٢] وإن كان المطلوب واحداً لأن الله تعالى قد صوبهما جميعاً فى اجتهادهما ولم يخطىء[٣] واحداً منهما مع خبره سبحانه وتعالى أن سليمان عليه السلام أفهم .

8 قال : ويدل على صحة قوله // [ف ٣ ب] ماروى عن النبى عليه السلام أنه قال « إذا حكم الحاكم فأصاب فله أجران [١] وإن اجتهد[١] فأخطأ فله أجر »[٢] . فلو كان المطلوب بعدد المجتهدين لم يكن واحد [٣] من هذين مخطئاً والنبى صلى الله عليه وسلم قد أخبر أنه إذا أخطأ يكون له أجر واحد[٣] فدل ذلك على أن المطلوب واحد فيصيب بعض المجتهدين دون بعض . وكذلك // [ل ٣ ب] قوله عليه السلام لعمرو بن العاص « فإن أصبت فلك عشر حسنات وإن أخطأت فلك حسنة » . وما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بقضاء

---

(٤) ف : الحكام .
(٥) سورة الأنبياء ، ٢١ : ٧٨–٧٩ .
(٦) ف : علم وحكم .
(٧) ف : صاحبه .

7 (١) ل : مذهب .
(٢) ساقط من ف .
(٣) فى ل ، ف ، ج : يخط .

8 (١) ف : وإذا حكم فاجتهد .
(٢) بخارى ، اعتصام ، ٢١ .
(٣) ساقط من ل .

فقال رجل: هذا والله الحق . فالتفت إليه[٤] عمر ثم عاد فقضى فقال الرجل[٥]: هذا والله الحق . فقال [٦]له عمر[٦] : وما يدريك أنه الحق ؟ فوالله إن عمر مايدرى أصاب الحق أم أخطأ ولكنه لايألو . ويدل[٧] على أن مذهبه[٨] موافق لمذهب الإمام أبى حنيفة فى هذه المسئلة ، لكنه قال مايدرى أصاب الحق أم أخطأ لأنه لو كان المطلوب غير واحد كان مصيباً إلى أى[٩] جهة إذا أدى اجتهاده إليها ولم يكن مخطئاً . ومما يدل على صحة قول[١٠] أبى حنيفة أن المطلوب فى إصابة القبلة واحد وإن كانت جهات المجتهدين مختلفة وكلهم مصيبون[١١] فيما كلف اجتهادهم مع اختلاف الجهات لأن[١٢] الله تعالى لم[١٣] يكلفهم إصابة القبلة فى موضع الاجتهاد وإنما كلف اجتهادهم فى الطلب وأن لايألوا فيه . وكذلك مسئلتنا . وكما أن جماعة من الرماة إذا لقوا العدو يكونون[١٤] مكلفين بالرمى نحو العدو بالاجتهاد[١٥] فى طلب الإصابة إلا أنهم لم يكلفوا الإصابة وإنما كلفوا الاجتهاد فى طلبها[١٦] ، فإذا رموا ولم يألوا فى طلب الإصابة كانوا مصيبين فيما كلفوا[١٧] ولو لم يصب العدو فقد صاروا جميعاً مصيبين فيما كلفوا[١٧] . والمطلوب واحد . كذلك مسئلتنا . وكما قالوا فى العبد إذا أبق وبعث مولاه جماعـــة من الناس فى طلبه . إن المطلوب عبد واحد والطالبين[١٨] جماعة ، والذى يصيب العبد يجوز أن يكون واحداً . وكلهم مصيبون فيما كلفوا [١٩]لأن الذى لزمهم طلب الإصابة فإذا اجتهدوا فى ذلك ولم يألوا فيه[١٩] فقد أدوا ما كلفوا . فكذلك مسئلتنا .

---

(٤) ساقط من ف .
(٥) ج : رجل .
(٦) ساقط من ل .
(٧) ساقط من ل .
(٨) فى ج : وذهب عمر .
(٩) ساقط من ل .
(١٠) ل : مذهب .
(١١) ل . مصيبين .
(١٢) ل : لأن .
(١٣) ج : لا .
(١٤) ف : ويكونون .
(١٥) ف : ومجتهدين .
(١٦) ف : طلب الإصابة .
(١٧) ساقط من ل ، ج .
(١٨) ل : والطالبون .
(١٩) ل : من الطلب لأنهم لم يكلفوا سوى ذلك فيه .

فصل

9 وأما ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا حكم الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ //[ف ٤ أ] فله أجر واحد » فمعناه عندنا ، والله أعلم ، أنه قد سوى بينهما فى الأجر الذى يستحقانه بالاجتهاد وطلب الحق إذا لم يأل واحد منهما[١] فى طلب إصابة الحق لأنهما جميعاً قد أديا ما كُلفا فلا يستحق أحدهما من الأجر أكثر مما يستحقه الآخر بالاجتهاد وطلب الحق فيستويان جميعاً فيما يستحقان من الأجر بالاجتهاد ويتفضل على المصيب بشىء آخر ليكون حثاً[٢] له على الاجتهاد وطلب الحق .

مسألة

10 { وينبغى للقاضى أن [١]يكون عالماً[١] يقضى بما فى كتاب الله تعالى من الأحكام المنصوصة التى لم[٢] تنسخ ، فإن لم يجد فى كتاب الله فبسنة //[ل ٤ أ] رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن لم يجد فى سنة رسول الله فيما أجمع عليه أصحاب رسول الله ، فإن لم يجد فى الإجماع اجتهد رأيه} . [٣]والأصل فى ذلك ما[٣] روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه بعث معاذاً إلى اليمن فقال « يامعاذ كيف تقضى ؟ قال : أقضى بما فى كتاب الله . قال : فإن جاءك أمر ليس فى كتاب الله . قال : أقضى بسنة رسول الله . قال : فإن [٤] جاءك أمر ليس[٤] فى سنة رسول الله . قال : أجتهد برأيى[٥] . فقال[٦] : الحمد لله الذى وفق رسول [٧] رسول الله[٧] لما يرضى الله »[٨] فقد بين عليه السلام

---

9 (١) ل : منهم . (٢) ف : تحثيثا .

10 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف .
(٣) ف : وذلك لما . (٤) ف : لم يكن .
(٥) ل : رأى . (٦) مزيد هنا فى ف ، ج : النبى صلى الله عليه وسلم .
(٧) ف : رسوله .
(٨) ف ، ج : يرضى رسول الله . قابل أبا داود ، أقضية ، ١١ .

بهذا أن حكم الكتاب مقدم على سائر الأشياء . ونحن كذا نقول إنه ينظر حكم الحادثة في القرآن ، هل يجده أو لا . فإن وجده في القرآن حكم ، وإن لم يجده نظر في سنة رسول الله ، ولا يعدل إلى غيره . لأن نص الكتاب والسنة مقدم على النظر ، والإجماع لا يعدل عن النص أيضاً . فإن لم يكن في الكتاب ولا في السنة حينئذ ينظر في أقاويل السلف . هل اتفقوا عليها أو اختلفوا فيها . فإن اتفقوا عليها حكم بذلك ولا يعدل عنه لأن الإجماع عندنا حجة بنص[٩] الكتاب والسنة، فلا يجوز العدول عنه[١٠] مع وجوده ، كما لم يجز العدول عن النص إلى[١١] غيره . وإنما لم يقل معاذ هذا لأن كون النبي عليه السلام بين أظهرهم منع من[١٢] الرجوع إلى أقاويلهم . فإن كانت[١٣] الصحابة مختلفين فحينئذ يجتهد[١٤] رأيه ، إن كان من أهل الاجتهاد ، لأن القياس سائغ عندنا مع عدم النص والإجماع. وقد روى عن عمر وابن مسعود مثل هذا[١٥] . وأما ماروى عن عمر في[١٦] رواية الشعبي عن شريح أن عمر كتب إليه : إذا جاءك شيء في كتاب الله // [ف ٤ب] فاقض به ولا يلفتنّك[١٧] عنه الرجال ، يعني يردّنك ، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله فانظر في سنة رسول الله فاقض بها[١٨] ، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله فانظر ما أجمع عليه الناس فخذ به ، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله [١٩] ولا بسنة رسول الله [١٩] ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين ، إن شئت تجتهد رأيك وتقدم[٢٠] ، فتقدمْ ، وإن شئت أن تتأخر فتأخرْ ، ولا أرى التأخير إلا خيراً لك ، يعني إن شئت

---

(٩) ف : كنص .
(١٠) ف : عن الإجماع .
(١١) ل : لا .
(١٢) ساقط من ف .
(١٣) ف : كان .
(١٤) ف : اجتهد .
(١٥) ل : مذهبنا .
(١٦) ف : وفي
(١٧) ف : يلفتنك .
(١٨) ج : به .
(١٩) ف : ولم يكن في سنة الرسول .
(٢٠) كذا في الأصل ، ولعل الصواب : وتتقدم .

أن تقدم فتعمل على اجتهادك فافعل وإن شئت أن تتأخـــر عن اجتهادك // [ل ٤ ب] وتستشير[٢١] أهل العلم فعلت ذلك ، ولا أرى[٢٢] التأخير عن العمل باجتهادك[٢٢] والأخذ بالاستشارة والتمييز بين الأقاويل بعـــد المشاورة إلا خيراً لك .

11 وكذلك قال أصحابنا إن الأحوط أن يستشير الناس حتى يسمع أقاويلهم ثم يميز من تلك الأقاويل ماهو أقرب إلى الحق والصواب فيأخذ به . وروى عنه رضى الله عنه أنه ولى حابساً بن سعد الطائى قضاء الشام ، وقال بعضهم قضاء حمص خاصة[١] . فقال له : ياحابس . كيف تقضى ؟ فقال : أقضى بمافى كتاب الله تعالى . قال : فإنه لم يكن [٢]فى كتاب الله تعالى ، قال[٢] : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم يكن [٣]فى سنة رسول الله[٣] قال : أجتهد رأيى وأستشير جاسائى . قال : أصبت وأحسنت . فمكث أياماً ثم لقيه بعد ذلك فقال له عمر مامنعك أن تسير إلى عملك ؟فقال: ياأمير المؤمنين.إنى رأيت رؤيا هالتنى . فقال: وماهى ؟ قال : رأيت كأن الشمس والقمر يقتتلان — وقال ابن فضل[٤] فى حديثه : رأيت كأن الشمس أقبلت من المشرق فى جمع كثير وكأن القمر أقبل من المغرب فى جمع كثير حتى التقيا فاقتتلا — فقال : مع أيهما كنت ؟ فقال مع القمر . فقال فقرأ عمر ﴿ وجعلنا الليل والنهار آيتين فمحونا آية الليل وجعلنا آية النهار مبصرة ﴾[٥] ، مع القمر[٦] فى مغرب الشمس ؟ أردد إلينا عهدنا ! قال عطاء[٧] بن السائب وهو راوى الحديث : فبلغنى أنه قتل بصفين مع معاوية وقد روى حديث يطول ذكره يشتمل[٨] على أحكام كثيرة نذكرها بعد الفراغ من هذه المسئلة إن شاء الله تعالى .

---

(٢١) ف : واستعمرت .

(٢٢) ف : التأخر عن العمل بالاجتهاد .

11 (١) ساقط من ف ، ج .

(٢) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ل : فضيل .

(٥) سورة الإسراء ، ١٧ : ١٢ .

(٦) ساقط من ل .

(٧) ساقط من ج .

(٨) ف : اشتمل ج : مشتمل .

12 وأما ماروى عن ابن مسعود فروى الخصاف[١] بإسناده عن عبد الرحمن بن يزيد قال : قال عبد الله : إنه قد أتى علينا حين لسنا نقضى ولسنا هنالك[٢]، ثم كان من قدر الله أن قد بلغت من الأمر ماترون ، فمن عرض //[ف ٥ أ] له منكم قضاء بعد[٣] اليوم فليقض بما فى كتاب الله تعالى ، فإن جاءه أمر ليس فى كتاب الله[٤] فليقض بما قضى به نبيه عليه السلام ، فإن أتاه أمر ليس فى كتاب الله[٤] ولم يقض به نبيه فليقض بما قضى به الصالحون ، فإن أتاه ماليس فى كتاب الله ولم يقض به نبيه ولم يقض به الصالحون فليجتهد رأيه ، ولا يقولن أحدكم إنى أرى أنى أخاف ، فإن الحلال بيّن والحرام بين ، وبين ذلك أمور مشتبهة ، فدع مايريبك إلا مالا يريبك . وما روى عن ابن عباس فرواه [٥]عبيدالله //[ل ٥ أ] بن أبى بريدة[٥] قال : كان ابن عباس إذا سئل عن الأمر فكان فى القرآن أخبر به وإن لم يكن فى القرآن وكان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر به وإن لم يكن فعن أبى بكر وعمر فإن لم يكن قال فيه برأيه. وأيضاً روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إنما أقضى بينكم فيما لم ينزل على برأى »[٦] ، رواه عبد الله بن رافع مولى أم سلمة[٧] عن أم سلمة[٧] عن النبى عليه السلام . فأفادنا هذا جواز الاجتهاد للأنبياء صلوات الله عليهم فيما لم ينزل عليهم . [٨]وأباح لسائر الناس الاجتهاد[٨] إذا كانوا من أهل الاجتهاد ، وإنما هو كلام ترتيب الأصول وإنفاذ الأحكام على مراتبها .

13 قال الخصاف : { فإن لم يكن فى ذلك إجماع منهم وكانوا قد اختلفوا فيه ، وكان القاضى من أهل التمييز والنظر بين أقاويلهم [١]نظر إلى[١] أشبهها بالحق

---

12 (١) ف : الخطاف . (٢) كذا فى الأصل .
(٣) ل : هذا . (٤) ساقط من ج .
(٥) ف ، ج : عبد الله بن أبى يزيد .
(٦) أبو داود ، أقضية ، ٧ : « إنما أقضى بينكم برأيى فيما لم ينزل على فيه » .
(٧) ساقط من ل . (٨) ل : وإباحة الاجتهاد لسائر الناس .
13 (١) ف : فينظر .

وأقربها من الصواب، وأحسنها عنده فقضى به } . وقد بينا هذا المعنى فيما تقدم من جهة الآثار المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه(٢) . وقد بينا أن القاضي ينبغي أن يكون من أهل التمييز والنظر :

14 قال : { وإن كان لم يأت فيه عن الصحابة شيء وكان فيه إجماع من التابعين حكم(١) به } من قبل أن إجماع التابعين(١) بعد الصحابة حجة على من بعدهم(٢) وكذا إجماع كل عصر حجة على من بعدهم(٢) عندنا وليس له أن يعدل عن إجماع أهل(٣) عصره إلى اجتهاد نفسه .

15 قال : { وإن كان فيه اختلاف بينهم(١) صار إلى حال النظر والتمييز } من قبل أن المكلف(٢) به هذا النص والإجماع(٢) ، وقد عدم هاهنا النص فلا بد له من استعمال النظر والتمييز بين(٣) جملة أقاويلهم . ولا يسوغ له أن يخرج عن أقاويلهم لأنه يكون حينئذ مخالفاً لإجماعهم ، إذ قد أجمعوا على أنه ليس// [ف ٥ ب] في هذه الحادثة حكم لله تعالى غير ماقالوا به ، والخارج عن أقاويلهم مخالف لإجماعهم . فلا يجوز لأحد مخالفة الإجماع .

16 قال : { وإن ورد عليه شيء لم يجده أيضاً(١) من التابعين قاسه على مايشبهه(٢) من الأحكام واجتهد فيه برأيه وتحرى الصواب وطلب بجهده ثم (٣)قضى بما يغلب(٣) عليه رأيه } . وقد بينا أنه يسوغ له الاجتهاد في هذا الموضع .

---

(٢) ف : وعن أصحابه .

14 (١) ساقط من ج . (٢) ساقط من ف ، ج .
(٣) ساقط من ف ، ج .

15 (١) ف : منهم . (٢) ف : بعد النص والسنة والإجماع .
(٣) ف : من .

16 (١) ف : يجد فيه أيضاً شيئا . (٢) ف : أشبهه .
(٣) ف : يقضي بما يعزم .

17 قال : { وإن كان فى المصر قوم من أهل الفقه شاورهم فى ذلك } لما بينا فى خبر عمر { فإن اتفق رأيه وآراؤهم[١] على شىء حكم به } لأنهم قد أجمعوا //[ل ٥ ب] أن المطلوب هو ماذهب إليه اجتهادهم ، فلا يجوز له العدول عنه كما لايجوز للمصلى العدول عن الجهة التى أدى اجتهاده إليها[٢].

18 قال : { وإن اختلفوا نظر إلى أقرب الأقاويل عنده من الحق فأمضى ذلك } من قبل أنه إذا كان من أهل الاجتهاد صار كواحد من المجتهدين فساغ له الاجتهاد مع اختلافهم .

19 قال : { وإن أجمع[١] له فقهاء ذلك البلد على شىء وكان رأيه خلاف ذلك فلا ينبغى[٢] أن يعجل حتى يكتب فيه إلى غيرهم[٣] . ويشاورهم ، ثم ينظر إلى أحسن ذلك فيعمل به } من قبل أن عندنا ليس الإجماع [٤]إجماع فقهاء أهل البلد الواحد ، وإجماع أهل بلدة واحدة على شىء واحد لا يمنع استعمال[٤] اجتهاده فيكتب إلى سائر الاقاليم[٥] ليكون ذلك أحوط وأوثق لحكم الله تعالى . فإذا سمع مقالة سائرهم نظر الى أحسن ذلك فيعمل به . وليس عليه أن يكتب الى جميع الأقاليم [٥] لأن ذلك يمنع نفاذ[٦] الحكم ، لأنه لو وجب عليه أن يكتب فى [٧] كل حادثة لما ارتفع حكم فى حادثة اذا وقعت .

20 قال : { واذا أشكل عليه شىء فشاور فى ذلك رجلا فقيها واحدا ، فهو فى سعـــة أن يأخذ بقوله اذا لم يكن للقاضى فى ذلك رأى } من قبل

---

17 (١) ج : ورأيهم . (٢) ف : انها هى القبلة .
19 (١) ف : اجتمع . (٢) ف : ينبغى له .
(٣) مزيد هنا فى ج : من الفقهاء .
(٤) ف ، ج : أنما هو اجماع فقهاء البلد الواحد ، فإجماع أهل . . استعماله .
(٥) ف : الأقاويل . (٦) ج : يمنع من النفاذ .
(٧) ساقط من ل .

أن رأيه اذا كان خلاف رأى الفقيه وهو من أهل الاجتهاد[١] لم يكن له العدول عن اجتهاده الذى هو أصوب عنده الى اجتهاد غيره الذى هو خطأ ، كالمجتهد[١] فى القبلة اذا كان بصيراً لم يكن له أن يترك اجتهاده ويقتدى بغيره الذى هو معدول عن القبلة . وأما اذا[٢] لم يكن له رأى فى ذلك كان له أن يأخذ بقول[٣] الفقيه ، كالقاضى الذى ليس له اجتهاد جاز[٤] له أن يأخذ بقول بعض الفقهاء . كذلك هذا . ومثل[٥] المصلى إذا لم يكن له رأى فى طلب // [ف ٦ أ] القبلة جاز له أن يأخذ بقول من يثق ببصارته[٦] فى الاجتهاد واصابة القبلة .

21 قال : { وإن كان الرجل الذى شاوره القاضى أفقه من القاضى عنده لفضل علم فيه ، فإن كان القاضى مميزاً ميز بين[١] القولين ثم نظر الى أحسنهما وأصوبهما ، فقضى به } من قبل أنه اذا كان رأيه خلاف رأى الفقيه لابد له من أن ينظر ويميز بين القولين ، فيحكم بما هو أقرب الى الصواب[٢] وان كان قد يعدل بذلك عن رأيه الى رأى الفقيه // [ل ٦ أ] لأنه حينئذ يكون عنده[٣] اجتهاد الفقيه ورأيه أقرب الى الحق ، فلا يسوغ له العدول عنه .

22 قال أبو بكر : وهذا قول أبى حنيفة . وأما قول أبى يوسف ومحمد فلا يسوغ له العدول عن اجتهاده إلى اجتهاد الفقيه إذا كان هو من أهل الاجتهاد كالمجتهد إلى القبلة لايجوز له أن يعدل عن الجهة التى أدى[١] اجتهاده إليها إلى جهة[٢] أدى اجتهاد غيره إليها . وأبو حنيفة جوز حكمه بقول الفقيه إذا كان عنده أن الفقيه أعلم منه واجتهاده أحسن من اجتهاده من قبل أنه إذا اعتقد أن

---

20 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .
(٣) ج : برأى . (٤) ل : ويجوز .
(٥) ج : ومثل هذا . (٦) ف : يثق به فى بصارته .
21 (١) ساقط من ف . (٢) ف : الحق .
(٣) ف : عنده أن .
22 (١) ساقط من ف . (٢) ف : جهة أخرى .

الفقيه أعلم[٣] وأن رأيه أحسن من رأيه[٤] وأقرب إلى الحق[٤] صار اجتهاده يؤدى إلى أن الحق فيما قال الفقيه وأن الذى يؤدى إليه اجتهاده غير الحق، فينبغى أن يأخذ بقول الفقيه[٥]. وأما القبلة فليس كذلك لأن الناس متساوون فى الاجتهاد إلى إصابة القبلة إذا كانوا بصراء، اللهم إلا أن يكون أحدهم عالماً بالنجوم وبمطالع[٦] الشمس وأمارات القبلة والآخر جاهلا بها. وإذا كان كذلك كان للجاهل أن يأخذ بقول العالم فصارت القبلة أيضاً مثل مسئلتنا[٧]، لافرق بينهما من هذه الجهة. وأما إذا كانوا سواء فى الاجتهاد لإصابة الحق لم يجز لواحد منهما العدول عن الاجتهاد[٨] كما لايجوز فى مسئلتنا أن يعدل القاضى عن اجتهاده إلى اجتهاد غيره إذا كان عنده أن اجتهاده أقرب إلى الحق من اجتهاد الفقيه، فقد استوت المسئلتان ولافرق بينهما.

23 قال: { ولاينبغى للقاضى أن يقضى بشىء هو عنده خطأ وإن كان قد قال به بعض الفقهاء }، من قبل أن القاضى إذا عدل عن طريق الحق متعمداً لذلك فقد فسق، ولايجوز حكمه. فكذلك لم يجز له أن يحكم بما هو خطأ عنده وإن كان ذلك قول بعض العلماء. // [ف ٦ ب]

24 باب ما أبيح للقاضى من الاجتهاد وما ينبغى له أن يعمل به

ذكر [الخصاف] { حديث[١] معاذ بن جبل أن النبى صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قال له «يامعاذ كيف تقضى؟ قال: أقضى بما فى كتاب الله تعالى. قال: فإن جاءك أمر ليس فى // [ل ٦ ب] كتاب الله. قال: أقضى بسنة رسول الله. قال: فإن لم يكن فى سنة رسول الله. قال: اجتهد رأيى. قال النبى صلى الله عليه وسلم: الحمد لله الذى وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضى رسول الله» }[٢] وذكر { رسالة عمر بن الخطاب

(٣) ج: أعلم منه. (٤) ساقط من ل. (٥) ل: بقوله.
(٦) ف: وبطوالع. (٧) مزيد هنا فى ج: فاذا. (٨) ف: اجتهاده.
24 (١) ساقط من ل. (٢) أبو داؤد، أقضية، ١١.

رضى الله عنه التى كتبها إلى أبى موسى الأشعرى : أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة[٣] متبعة ، فافهم إذا أدلى إليك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له . آس[٤] بين الناس فى وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف فى حيفك، ولا يخاف ضعيف جورك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك . البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، أو على من أنكر . والصلح جائز بين الناس إلا صلح[٥] أحل حراما أو حرم حلالا . ولا يمنعك[٦] قضاء قضيته فراجعت فيه نفسك أو هديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل . الفهم الفهم فيما يختلج فى صدرك مما ليس فى قرآن ولا[٧] سنة . ثم اعرف الأمثال والأشباه ، وقس الأمور عند ذلك ، واعمد إلى أقربها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق . أجعل للمدعى أمدا[٨] ينتهى إليه إذا ادعى حقا غائبا أو بينة ، فإن أحضر بينة أعطيته حقه — ويروى : أخذت له بحقه — وإلا وجّهت عليه القضاء — ويروى : فإن أعجزه[٩] ذلك فاستحقت عليه القضية — فإن ذلك أجلى للعمى[١٠] وأبلغ فى العذر . المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا فى حد أو مجربا[١١] عليه شهادة زور أو ظنينا فى ولاء أو قرابة . فإن الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات — ويروى : فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر[١٢] وستر عليه[١٢] الحدود إلا بالبينات والأيمان — وإياك والغضب والضجر والقلق والتأذى بالناس والتنكر عند الخصوم[١٣] . فإن[١٤] القضاء فى مواطن الحق مما يوجب[١٥] من الله

---

(٣) ف : أو سنة . (٤) ل : اسو .
(٥) كذا فى الأصل ، والصواب : صلحاً .
(٦) ف : يمنعك من . (٧) ف : ولا فى .
(٨) ف : أمدا . وفى ج : مدا . (٩) ل : أعجزت .
(١٠) ج : أجلى للعلماء . (١١) ف : مجرب .
(١٢) ف : وستر عليهم الحدود .
(١٣) لعل الصواب : عند الخصومة . انظر فقرة 31 .
(١٤) ل : فى . (١٥) ف : به .

الأجر ويحسن به الذخر . فإنه من خاصت نيته فيما بينه وبين الله تعالى فى الحق ولو على نفسه يكفه[١٦] فيما بينه وبين الناس. فمن تزين بما يعلم الله منه[١٧] خلافه شانه الله // [ف ٧ أ] . فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصا ، فما ظنك بثواب[١٨] فى عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام[١٩] }

25 أما حديث معاذ فقد//[ل ٧ أ] انتظم من الفقه معانى أحدها أن القرآن أصل فيما يرجع[١] إليه . الثانى أنه يكون مقدما على السنة والقياس . وهذا إذا لم تكن السنة متواترة كتواتر القرآن . فأما إذا كان [٢] تواتر السنة[٢] مثل تواتر القرآن فيجوز عندنا أن ينسخ أحدهما بالآخر . والثالث أن السنة مقدمة على القياس. [٣]وأنه لا حظ للقياس[٣] مع الأثر ، لأنه لم يثبت للاجتهاد والرأى حكم[٤] إلا بعد عدم السنة والكتاب . والرابع جواز الاجتهاد والرأى فيما عدم فيه الكتاب والسنة . وأما إجماع السلف فإنما لم يجعل حجة لأن النبى عليه السلام كان بين أظهرهم ، فكانوا لا يجمعون على حادثة من غير أن يسألوا النبى عنها . أما بعد وفاته [٥]فإنه يكون[٥] حجة إذا كانوا لا يتوصلون إلى معرفة حكم الحادثة من جهته . وأما[٦] المرجع إلى آرائهم فإذا اتفقت[٧] آراؤهم على واحد صار ذلك حجة على من بعدهم لقوله تعالى ﴿ وكذلك[٨] جعلناكم أمة

---

(١٦) ف : يكفه الله .
(١٧) ف : من .
(١٨) ف : بثواب الله .
(١٩) نص هذه الرسالة يختلف فى مواضع متعددة عن النص فى البيان والتبيين للجاحظ . انظر ذلك الكتاب بتحقيق عبد السلام هارون (٤ أجزاء ، القاهرة ١٩٤٨) ج ٢ ص ٤٨ — ٥٠ .

25 (١) ل : يرجعه .
(٢) ساقط من ل .
(٣) ساقط من ل .
(٤) ف : فيها . ج : قدم .
(٥) ف : فيكون اجماعهم .
(٦) ف : وأنما .
(٧) ف : اتفق .
(٨) ساقط من ل .

وسطاً لتكونوا شهداء على الناس ﴾[٩] فكما أن الرسول حجة على أمته [١٠] لما كان شاهدا عليهم [١٠] فكذا هم إذا أجمعوا حجة على من بعدهم يكونون شهداء عليهم . وقال النبي عليه السلام « لا تجتمع أمتى على ضلالة »[١١] وليس هذا موضع الكلام فى هذه المسئلة ، إلا أنا ذكرنا شيئا[١٢] من ذلك كيلا[١٣] نخلّ بها .

26 وأما حديث عمر فقد اشتمل على فوائد كثيرة ونحن نبين ذلك مفسرا إن شاء الله تعالى : أما قوله : أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة[١] متبعة ، فإن معناه أن من القضاء ما حكمه ثابت بالقرآن يلزمه فرضا لا يجوز العدول عنه إلى غيره ، ومنها ما يثبت[٢] حكمه بالسنة من جهة الرسول صلى الله عليه وسلم . ويحتمل أيضا أن يكون من القضاء ما هو فرض لازم للقاضى، ومنه ما يكون ندبا للقاضى . ذكر هذين الوجهين[٣] الشيخ الإمام أبو سعيد السيرافى[٤] .

27 ومعنى قوله : إذا أدلى[١] إليك ، تخوصم إليك . وقوله : فانه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له ، أى أن القاضى اذا تكلم بالحق[٢] ولم ينفذ القضاء به لا منفعة للخصم فيه ، فينبغى أن ينفذ الحكم على ما يصح عنده ويجوز . // [ف ٧ ب] ومعنى قوله : آس بين الناس فى وجهك ومجلسك وعدلك[٣] ، أى سوّ بين الجلوس فى المجلس والنظر إليهم وفى العدول . وهذا أصل[٤] فى أن

(٩) سورة البقرة ، ٢ : ١٤٣ . (١٠) ساقط من ل .
(١١) قابل ابن ماجة ، فتن ، ٨ . ف : الضلالة .
(١٢) مزيد هنا فى ج : يسيرا . (١٣) ف : لئلا .
26 (١) ف : أو سنة . (٢) ف : ثبت .
(٣) ساقط من ل .
(٤) هو الحسن بن عبد الله المرزبان السيرافى المتوفى سنة ٣٦٨ هـ . سكن بغداد وتولى نيابة القضاء .
27 (١) ل : أدى . (٢) مزيد فى ف : وأتى .
(٣) ل : وعند ذلك . (٤) ج : أمثل .

القاضي يلزمه التسوية بين الخصوم ولايجوز أن يميل الى أحدهما دون الآخر. وأما لفظة آس[٥] فانها // [ل ٧ ب] غير مأخوذة من التسوية وإن كانت مستعملة في ذلك ، وإنما هي مأخوذة من التآسي . وإنما أراد به أن يكون كل واحد[٥] أسوة الآخر من قوله تعالى ﴿ لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة ﴾[٦] ، وقالت الخنساء :

ولولا كثرة الباكين حولي   على اخوانهم لقتلت نفسي
وما يبكون مثل أخي ولكن   أعزي النفس عنه[٧] بالتأسي

تريد بالتشبه[٨] بغيري ، وأصله من أسوة فصرّف منه فعل على آسي يؤاسي ، وآسي يؤسي ، فلما حذف الياء لاجتماع الساكنين قلب[٩] الواو ياء لانكسار ماقبلها كما يقال[١٠] غازى يُغازى ، وأصله من الغزو .

28 وأما قوله : حتى لا يطمع شريف في حيفك ولايخاف ضعيف جورك[١] ، أراد بالحيف الظلم وأخذ بعض الحق ، يقال حاف يحيف ،[٢] فأمره بالتسوية من أن يجور عليه ويأخذ منه شيئاً لشرف الشريف[٢] وقد قال تعالى في قصة قوم ﴿ وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ يحيف الله عليهم ورسوله ﴾ أي أن يظلم الله ورسوله ﴿ بل أولئك هم

---

(٥) ف : فانه غير مأخوذ من التسوية وان استعمل ، وذلك أن آس مأخوذ من التآسي وكذلك أس ، وأراد به أن يكون كل واحد منهما .

(٦) سورة الأحزاب . ٣٣ : ٢١ .   (٧) ل : عنهم .

(٨) ج : بالمشبيه . ف . التشبه .   (٩) ف : وقلب .

(١٠) ف : يقول .

28 (١) ل : من جورك .

(٢) ل : تأخر بالتسوية كيلا يطمع شريف في أخذ بعض حق الضعيف ودفعه اليه ولا يخاف الضعيف أن لا يجور عليه فيأخذ منه لشرف الشريف .

الظالمون ﴾[٣] ـ فهذه الآية أيضاً تدل على أن الحيف هو الظلم . وقوله : البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه [٤] فيه بيان [٤] حجة المدعى من المدعى عليه وقد بينا هذه المسألة فى موضعها . وقوله : الصلح جائز بين [٦] الناس إلا صلح[٥] حرم حلالا أو أحل حراماً[٦] ، أصل[٧] فى جواز الصلح على الإقرار والإنكار ، ومن المجهول على معلوم على أى وجه يقع إلا [٨] ما استثنى مثل أن يصالح على عبد على أن لا يخدمه ، أو لا يتبعه لأن الصلح أوجب تمليكه وتملكه . فإذا شرطه لم يجز ذلك . وأما [٨] الصلح الذى يحرم ما أحل الله [٩]أو يحل ماحرم الله ، فأما الذى يحرم ما أحل الله[٩] ، فهو مثل الأشربة والبياعات المعروفة الجائزة بين المسلمين . وأما الذى يحل ماحرم الله فكعقد الربا الذى حرم الله تعالى بنص القرآن ، فلا يجوز[١٠] أن يحل بعقد الصلح ويصالح [١١] عليه .

29 وأما قوله : فلا يمنعنك[١] قضاء قضيته فى الماضى [٢]فراجعت نفسك // [ل ٨ أ] وهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق فمعناه أن القضاء الذى قضيت به فى الماضى [٢] ، لا يمنعنّك من الرجوع إلى غيره إذا بان لك أن // [ف ٨ أ] القضاء به أولى بمثل ما قد مضى ، ولم يرد[٣] نقض ما قد مضى من القضاء [٤]وهذا مثل قضايا عمر فى الجد : أنه قضى فيه بقضايا لأنه كان [عن] طريق

---

(٣) سورة النور ، ٢٤ : ٤٩ — ٥٠ . (٤) ف : فبان . ج : بيان .
(٥) كذا فى الأصول ، والصواب صلحاً .
(٦) ل : المسلمين الإصلاح من حلالا أو حراماً .
(٧) ج : فانه أصل . (٨) ساقط من ف ، ج .
(٩) ساقط من ج . (١٠) ف : يجوز له .
(١١) ف : ويصالحه .

29 (١) ف : يمنعنّك من . (٢) ساقط من ف ، ج .
(٣) ف : يرد به . (٤) ساقط من ل .

الأجتهاد ، فكان [٤] يقضى تارة بأنه مثل الأب وتارة مشبهاً [٥] بمثل الأخ [٥] إذا قوى فى اجتهاده أن شبهه بالأخ أولى منه بالأب [٦] وتارة بحكم آخر . ولم يفسخ شيئاً مما قضى به . كذا هذا [٦] . وأما قوله : فإن الحق قديم لا يبطل ، يعنى أنه متقدم للقضاء الذى قضيته ، فلا يبطل الحق بالقضاء الذى تقضى [٧] بخلافه وقوله : مراجعة الحق خير [٨] من التمادى فى الباطل ، أى ارجع الى الحق إذا بأن لك خير من التطاول ، لأن التمادى فى اللغة هو المطاولة والامتداد فى الباطل. وقوله : الفهمَ الفهمَ فيما يختلج فى صدرك مما ليس فى قرآن ولا سنة ، أى لتستعمل [٩] عند اختلاج الصدر فيما ليس فى قرآن ولا سنة . وأصل الإختلاج من الخلج وهو الجذب ، وأراد به : إذا اختلج صدرك أى وقع فيه شىء وانجذب [١٠] إلى شيئين [١١] على جهة الشك فاستعمل الفهم والنظر ، فاعمل على ماهو أقوى عندك .

30 وقوله : ثم اعرف الأمثال والأشباه ، وقس الأمور عند ذلك فاعمد إلى أقربها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق [١] يدل على جواز القياس من ثلاثة أوجه ، أحدها قوله : إعرف الأمثال والأشباه ، وهذا لا يكون إلا بالنظر والاستدلال ، وكل استدلال ففيه قياس . والثانى قوله : فقس الأمور . وهذا نص على الأمر به ، والثالث قوله : فاعمد إلى أقربها إلى الله وأشبهها بالحق [١] وهذا أيضاً لا يعرف إلا من جهة النظر والقياس ، وقوله : إجعل لمن يطلب حقاً غائباً أو شاهداً أمداً [٢] ينتهى [٣] إليه ، فإن أحضر بينة أخذ بحقه ، وإن عجز عنها أنفذ عليه القضاء . فإنه أبلغ للعذر وأجلى للعمى [٤] ، قد انتظمت هذه

---

(٥) ف : بالأخ .
(٦) ساقط من ف .
(٧) ف : لقضيته .
(٨) خير أولى .
(٩) ف : استعمل .
(١٠) ف : وينجذب .
(١١) ل : سر .

30 (١) ساقط من ج .
(٢) ل : أمداً بعيداً .
(٣) ل : ينبغى .
(٤) ساقط من ل .

الجملة فوائد[٥] منها أن القاضى ينبغى أن يؤجل للمدعى مدة لإحضار البينة اذا ادعى أن له بينة حاضرة سواء كان الحق غائباً أو شاهداً . فإن أحضر بينة أخذ بحقه ، وان عجز أنفذ عليه القضاء : فأفادنا [٦] هذا أيضاً أن البداية ببينة المدعى اذا كانت له بينة دون يمين المدعى عليه ، وأفادنا أن القاضى ينبغى أن // [ل ٨ ب] ينفذ الحكم إذا عجز المدعى عن إقامة البينة . وقوله : فإنه أبلغ للعذر ، يعنى إذا جعلت للمدعى مدة لإحضار البينة [٧] كان أبلغ فى العذر[٧] من أن [لا][٨] تجعل له مدة . وقوله : أجلى للعمى ، أى أجلى للشبهة اذا أجّلتَ له وقتا . والعمى الشبهة التى وقعت لأجل الدعوى فلا // [ف ٨ ب] يدرى لمن الحق . ألا تسمع[٩] قول القائل : فإن السؤال شفاء العمى كما قيل فى الزمن الأول ؟ يعنى أن السؤال شفاء من الشبهة .

31 وقوله : المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا فى حدّ أو مجرّبا عليه شهادة زور أو ظنينا فى ولاء أو قرابة ، قد انتظم معانى كثيرة منها أن أحكام المسلمين محمولة[١] على الصحة والعدالة ما لم يظهر منهم سقوط العدالة . وهذا مذهب أبى حنيفة . والثانى ان المحدود فى القذف لاتجوز شهادته لقوله : الا مجلودا[٢] فى حد . وهذا عام الا ما[٣] خُصّ بدلالة[٣] ، وقد قامت الدلالة أن الجلد فى سائر الحدود لا يمنع شهادة المحدود [٤] خصصنا سائر المحدودين للدلالة[٤] وبقى حكم العموم فى القاذف . والثالث أن شهادة المتهم غير جائزة لقوله : أو مجربا عليه شهادة زور . والرابع أن انتماءه الى غير مواليه وانتسابه الى غير أبيه يوجب التفسيق وسقوط العدالة لأنه لولاه لم تسقط عدالته عند

---

(٥) ل : فرائد .
(٦) ل : فادنا .
(٧) ف : أبلغ للعذر .
(٨) لايستقيم المعنى بدون النفى هنا .
(٩) ل : تسمع الى .

31 (١) ل : محملة .
(٢) ل : مجلود . ج : محدود .
(٣) ف : خصته الدلالة .
(٤) ل : فخصصناه .

ظننا فيه بولاء أو قرابة . وأما قوله : فإن الله تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات والأيمان ، معناه أن الله يطلع على سرائركم ، وحكم السرائر فيما بينكم وبين الله . وأما حكم القضاء فهو على الظاهر من بينة المدعى ويمين المدعى عليه . وقوله : واياك والغضب والضجر والتأذى بالناس والتنكر (٥عليهم عند الخصومة٥) ، تأديبا للقاضى واحتياطاً لحق الخصوم . وذلك أن الغضب والضجر ونحوهما مما يشغل خاطر القاضى عن فهم الحديث[٦] وحجج الخصوم فأمره بترك[٧] ذلك لئلا يعدل عن اصابة الحق . وأما[٨] التنكر عند الخصومة ، فالمراد[٩] به سوء الخلق . قال أبو سعيد فى الحديث: واياك والقلق أى الغضب وضيق الصدر .

32 وأما قوله : فإن القضاء فى مواطن الحق يوجب الله // [ل ٩ أ] به الأجر ، أراد أنّ القضاء لا يكون فى جميع المواطن ، وإنما يكون فى بعضها دون بعض ، والله تعالى يوجب له الأجر فيما يقضى ، ولم يُرد به انه يوجب لبعض قضاياه دون بعض . وقوله : من خلصت نيته فى الحق واثقاً على نيته أثابه الله ، ومن تزين للناس بما يعلم الله انه ليس فى قلبه شانَه الله به ، يعنى من أخلص النية لله فى إنفاذ الحكم واثقاً من نفسه انه يثبت[١] . وقوله : شانَه الله ، يعنى من الشين وهو القبح ، فما ظنك بثواب الله فى عاجل رزقه وخزائن رحمته ؟

---

(٥) ف ،ج : عند الخصوم . انظر أعلاه فقرة 24 حيث تجد : عند الخصوم
(٦) ساقط من ف ، ج . (٧) ساقط من ل .
(٨) ف : وأما قوله . (٩) ف : أراد .

32 (١) ف : مليت : ج . بقلب .

33 //[ف ٩ أ]

باب الرجل يبتلى بالقضاء ويدخل فيه[١]

قال[٢] : { وينبغى للرجل إذا تولى القضاء ان يتقى الله عز وجل ويؤثر طاعته [٣] ويعمل لمعاده ويقصد إلى الحق بجهده فيما تقلده ، ويتخذ كاتبا ورعاً مسلماً له معرفة بالفقه}، من قبل أنه إذا لم يكن ورعا لم يؤمن عليه الخيانة ، وإذا لم يكن مسلما فكذلك ، ولا[٤] يؤمن عليه الكتابة بخلاف الشريعة ، [و] إذا [٥] لم يكن فقيها لا يعرف كتابة السجلات وما يحتاج إليه القاضى من الأحكام ، فلذلك[٦] شرط الفقه . قال : { ويتخذ أعوانا يكونون بين يديه } لأنه يستعين بهم فى إنفاذ الأحكام[٧] ، [٨] ويكون أهيب وأعظم فى صدور الناس وأجرأ أمرا فى إنفاذ الأحكام [٨] .

34 قال :{وإذا أراد أخذ الرقاع ختم بخاتمه وحمل ذلك إلى المسجد فأخذ رقاع الناس . فإن [١] كانت قليلة [١] أخذها الكاتب عند باب المسجد قبل مجىء القاضى . ولا يزال يأخذ الرقاع [٢] من واحد واحد [٢] إلى مجىء القاضى . وفى كل رقعة اسم المدعى [٣] واسم أبيه [٣] واسم خصمه واسم أبيه . وإذا كانت الرقاع كثيرة لا يقدر القاضى أن يدعو بها فى يوم[٤] فرّقها فى كل يوم خمسين رقعة أو أكثر من ذلك على قدر طاقة القاضى للجلوس والصبر عليهم، وأعلَمَ كل قوم وقت رقاعهم وفى أى تخرج . فإن رأى أن يقدّم رقاعَ من معه شهود

---

33 (١) ف ، ج . باب الرجل إذا ابتلى بالقضاء ودخل فيه .
(٢) ساقط من ل . (٣) ف : طاعة ربه .
(٤) ف : لا . (٥) ف : وإذا .
(٦) ف : كذلك . (٧) ف : الحكم .
(٨) ساقط من ل .

34 (١) ل : كان قليلا . (٢) ساقط من ل .
(٣) ساقط من ل . (٤) ل : كل يوم .

فى أول مجلس فعل ذلك } ، يعنى فى المدعى بالبينة ، فيقدم أولئك ويطالبهم بالشهود . } فإن كان هناك شهود حاضرة سمعهم(٥) ، ويقتصر (٦ على اليمين فى الأحكام التى يُقتصر ٦) فيها على اليمين } كانقضاء العدة بالحيض ووضع الحمل، وكقيمة المغصوب ومثل ذلك من الأحكام التى يقتصر فيها على اليمين// [ل٩ب] وهذا معنى قوله : رقاع من كانت معه شهود(٧) . وعندى أن المراد به من كان معه شهود حاضرة عند القاضى .

35 } ويجعل للنساء يوما يقعد فيه معهن فيدعوهن بغير رقاع فهو أستر لهن . وأجزى أن لا يُعرَّف(١) المرأة إذا تقدمت إليه } لأن أمور النساء كلما كانت أستر (٢ كان ذلك ٢) أحسن . ألا ترى أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل حالهن فى الحج والصلاة كأستر ما يكون لهن ؟ كذلك فى القضاء إذا لم يجعل لهن رقاعا ولم يناد عليهن كان أستر(٣) . قال : } وإن رأى أن يكون مع الكاتب (٤ رجل ثقة مأمون٤) عند أخذ الرقاع فعل ذلك } ، فهو // [ف٢ب] أحوط وأجود ، لأن الكاتب وإن كان مأمونا (٥ فإذا ضُم إليه مأمون آخر٥) كان أحوط لأمور المسلمين وأبعد للتهمة . ألا ترى أن الله تعالى جعل العدالة شرطا فى الشهادة ولم يقتصر ، مع عدالة الشاهد ، على عدل واحد حتى ضم إليه آخر احتياطا ؟ كذلك هذا مثله وإن لم يجعله على الوجوب ، فهو أحوط . قال: } فإذا أتوه بالرقاع وقد فرقها على عدد الأيام جعلها فى قِمَطْره وختم عليها } لئلا يُحتال عليها — يؤخذ منها أو يزاد فيها . ثم يُخرج رقاع يوم بيوم . قال :

---

(٥) ساقط من ف ، ج . (٦) ساقط من ف ، ج .
(٧) ح : شهود حاضرة .

35 (١) ف : تعرف . ج : وأحرى المرأة أن لا تعرف .
(٢) ف : فهو . (٣) ف : أحسن .
(٤) ف : رجلا ثقة مأمونا .
(٥) ساقط من : ج . وآخر كلمتين فى ف . آخر مأمونا .

{ وينبغى للذى يأخذ الرقاع إذا أخذها وهى[٦] كثيرة وضعها على الأيام وجعلها على[٧] ضبائر وشدها ثم يقرع بينها ،[٨] وهو أن[٨] يكتب لكل ضبارة رقعة صغيرة فيها اسم رجل[٩] من أهل تلك الضبائر[١٠] ، وتكون الأسماء مختلفة . ثم يجعل كل رقعة منها فى طين قدر بندقة ، ثم يبندقها ويخلطها ويقول : من خرج اسمه أول فله يوم[١١] السبت ، والثانى له يوم الأحد ، والثالث اليوم الذى يجلس فيه القاضى بعد الأحد . وكذلك[١٢] اسم كل رقعة يوم[١٢] حتى يفرغ من الرقاع } يعنى إذا كانت رقاع القوم كثيرة تبلغ مثل[١٣] خمسمائة رقعة يجعل مائة مائة فى ضبارة مقدار ما يعلم أنه يفرغ منها فى مجلس واحد ثم يكتب لكل إضبارة رقعة يكتب فيها اسم رجل واحد من أهلها ولا يكون اسمه موافقاً لاسم أحد من أهل الضبائر الآخر لئلا يختلط عليه .

36 قال أبو بكر : وإن شاء كتب[١] لكل إضبارة // [ل ١٠ أ] رقعة ثم يكتب على إحداهن الأولى ، والأخرى الثانية ، وكذلك الباقيات يكتب عليهن الثالثة والرابعة والخامسة إلى أن ينتهى ، ويبين أن الأولى لهذه الضبارة والثانية[٢] والثالثة لهذه . يعين لكل واحدة من الضبائر رقعتها ، ثم يجعل كل واحدة[٣] فى طين قدر بندقة على ما قال ، ثم يخلطها ،[٤] ثم يطرح البنادق فى شىء ويغطيها ، ثم يدخل يده أو يأمر إنساناً[٥] لا يعرف حال البنادق أن يخرجها ، ثم يخرج بندقة بندقة. فإذا أخرج واحدة نظر اسم من هى فجعل لأهل تلك الضبارة اليوم الأول على ما قال الخصاف ، واليوم الثانى لأهل[٦] البندقة

---

(٦) ف : وكانت . (٧) ساقط من ف ، ج .
(٨) ساقط من ف ، ج . (٩) مكرر فى ل ، ف .
(١٠) ف : الضبارات . (١١) ساقط من ف .
(١٢) كذا فى ل وفى ف ، ج : أبداً اسم كل رقعة يوماً . ولعل الصواب : اسم كل رقعة ليوم . (١٣) ساقط من ل .

36 (١) ف : يكتب : (٢) مزيد هنا فى ل : الرقعة .
(٣) ل : واحد . (٤) ل : يجعلها .
(٥) ل : إنسان . (٦) ف : أهل .

الثانية والثالث لأهل الثالثة ، إلا أن ينتهى على[7] ما قال الشيخ . وينظر[8] فى الرقعة الأولى فإن كان فيها مكتوب الأولى صار اليوم الأول لمن عين لهم هذه الرقعة. // [ف ١٠ أ] وكذلك الرقعة الثانية إذا خرجت نظر[9] إن كان فيها الثانية أو الثالثة مكتوب أو غير ذلك من الأعداد . نظر[9] لمن جعلت هذه الرقعة فيكون يوم أهلها هو العدد المكتوب فى الرقعة ، إن كان فيها أول فأول يوم لهم ، وإن كان الثانى فاليوم الثانى من المجلس لهم ، وإن كان فيها ثالث فاليوم الثالث ، وإن كان فيها الرابع فالرابع إلى أن ينتهى . وكل هذا جائز لأن القصد منه علامته[10] ونفى[11] التخليط فيما بينهم .

37 قال: [و يُعرّف أهل كل ضبارة يومهم ثم[1] يكتب لها ذكراً وأنه[1] أخذ الرقاع فى يوم كذا من شهر كذا[2] وهى كذا وكذا رقعة فى كذا وكذا إضبارة فى كل ضبارة كذا كذا رقعة ، فإضبارة[3] يوم السبت كذا من شهر كذا ، وإضبارة كذا يوم الأحـــد ، ويكتب على كل ضبارة يومها الذى هو لها . ويكون[4] الذكر مع الرقاع . يأتى بها إلى القاضى فيجعلها فى القماطر التى فيها الرقاع ويختم عليها [. أما تاريخ أخذ الرقاع فإنه إذا لم يؤرخ الرقاع المأخوذة لا يأمن أن تختلط بما يأخذها بعد ذلك فتصير الأولى فيما[5] يأخذها بعد ذلك بالتاريخ . ويبين العدد لهذه العلة ويعرّف ضبائرها لهذا أيضاً . ويبين كل يوم ضبارة حتى لا تختلط بالثانية[6] ، // [ل ١٠ ب] ولا يجعل يوم هذه لضبارة

---

(٧) ف : وعلى . (٨) ف : انظر .
(٩) ف : ينظر . (١٠) ف : علامة ح : العلامة .
(١١) ج . وبقى .

37 (١) ف : يكتب لها ذكراً أو أنثى . وكلمة « يكتب » فى ل : يكتبه .
(٢) مزيد هنا فى ج : من سنة كذا .
(٣) ف : فضاه . (٤) الكلمة غير واضحة فى ل .
(٥) ف : مما . فى ج . فا . (٦) ف : بالباقية .

أخرى . وأما الختم فلما بينا (٧ لئلا يزاد فيها وينقص ٧) منها ، (٨ بل سبيلها أن تكون محفوظة عنده على أوثق ما يقدر عليه٨) .

38 باب القاضى كيف يعمل فى قبض(١) ديوان القاضى المعزول وكيف يعمل فى الإقرارات والمحاضر والسجلات

قال أبو بكر الخصاف(٢) : { وإذا أراد القاضى أن يقبض (٣ديوان القاضى الذى كان قبله فانه يبعث٣) برجلين من ثقاته فيقبضان من القاضى ديوانه} . (٤ وكونهما رجلين ٤) لزوال التهمة والاحتياط(٥) لأمر الناس وحقوقهم . قال : { فإذا أراد قبض ذلك نظرا(٦) إلى ما كان من إقرارات وشهادة شهود ومحاضر فيقبضا(٧) القماطر التى هى فيها مختومة . وما كان من سجلات وصكاك بالأموال على الناس ، وما فيه من (٨ حجج للناس فإنهما يكتبان ذلك٨) شيئاً فشيئاً ويقولان : من ذلك قمطرة فيها نسخة سجل لفلان بن فلان كذا وكذا (٩ ونسخة سجل لفلان بن فلان كذا وكذا٩) ومنها ، حتى يكتبان(١٠) عدد النسخ كلها بعد أن يكون ذلك(١١) بحضرة القاضى المعزول أو بحضرة أمينين(١٢) من أمنائه . ويكتب فى الصكاك :

---

(٧) ف : كيلا يزداد فيها ولا ينقص . (٨) ساقط من ف ، خ .
38 (١) ساقط من ج . (٢) ساقط من ل .
(٣) ساقط من ل . (٤) ف : أما كون الرجلين .
(٥) ف : واحتياطا . (٦) ل ، ف : نظر .
(٧) كذا فى ف ، ج . وفى ل : فيقبض . والصواب : فيقبضان .
(٨) ل : حجج على الناس ، فانها يكتبان .
(٩) ساقط من ج .
(١٠) كذا فى ل . وفى ف ، ج : يكتب . والصواب : يكتبا .
(١١) ف : ذلك كله . (١٢) ل ، لي : أمين .

(١٣ وقطر فيه١٣) كذا // [ف ١٠ ب] وكذا أصكاك(١٤) ، صك على فلان بكذا وكذا من المال لفلان بن فلان اليتيم . ومنها ، ومنها ، حتى يكتبا(١٥) عدد الصكاك على هذا المثال ، ويلسبان(١٦) ذلك المال ولمن هو وعلى من هو ويسئلان القاضى عن ذلك شيئاً فشيئاً فيقبضانه منه مفسراً على ما يقول ، ويكتبان ذلك. وكذلك(١٧) أمور الوقوف وأموالها(١٨) ، وعدد ضياع الوقوف ومواضعها ، وأسماء الأمناء الذين للقاضى المعزول ، اسم (١٩ كل رجل منهم١٩) ، وما(٢٠) فى يده من ضيعة وما سببها ، ولأى شىء صارت فى يد هذا الأمين . فإن كانت وقفا أثبتا أمرها على من هى وقف ، وفسرا ذلك وشرحاه بابا بابا . فإن كانت ضياعا قبضها القاضى على خصومات ومنازعات(٢١) أثبتا ذلك على وجهه ، وأثبتا أصحاب الودائع بأسمائهم وأسماء آبائهم ، وما عند كل رجل منهم ، ولمن ذلك المال مبينا مشروحا } . وهذا كله كلام الخصاف رحمه الله من عند قوله : فإذا أراد قبض ذلك منه .

39 وإنما أفرد الإقرارات وشهادة الشهود والمحاضر والسجلات والصكاك بالأموال على الناس // [ل ١١ أ] لأنها لم(١) يقع بها حكم من الحاكم المعزول . وذلك لأن المراد بالإقرارات هو أن يقر الواحد عند القاضى بحق لغيره فلم يحكم به وأثبت الاقرار عنده بذلك . والمراد بالشهادات أن يشهد عنده شاهدان لرجل على آخر بحق فلم يحكم بشهادتهما حتى ينظر فى عدالتهما ، فأثبت الشهادة فى ديوانه . والمحاضر كذلك ، لأن المراد أن يجرى بمحضر القاضى إقرار أو

---

(١٣) ل : وقمطرة فيها .
(١٤) ف : صكا فيها .
(١٥) ل : يكتبان .
(١٦) ف : ويلسبان بيت .
(١٧) ساقط من ل .
(١٨) ل : وأحوالها .
(١٩) ف : رجل رجل .
(٢) ل : فيا .
(٢١) ف : ومنازعة .

39 (١) ف : لأن الإقرارات والشهادات والمحاضر والسجلات والصكاك .

شهادة أو غير ذلك مما يوجب ثبوت حق[٢] المدعى والمدعى عليه فيثبت[٣] المحضر على ذلك قبل أن يحكم بشيء من ذلك على المدعى عليه . وأما السجلات فإنما تكون بعد إنفاذ الحكم لأنه يكون [٤] بعد ماقضى على المدعى عليه بالحق فيكتب[٥] : إني قد حكمت على فلان بن فلان [٦] لفلان بن فلان[٦] بكذا وكذا وسجل[٧] بذلك الحكم [٧] . وكذلك الصك إنما يكتب [٨] : لفلان على فلان كذا وكذا درهما . فالأحسن أن يفرد المحكوم به من غير المحكوم . وأما ما قال من حجج الناس ، فالمراد به ماقد قضى به من الأحكام وأخذ حجتهم فيكون مع السجلات أيضاً .

40 وأما كتبه عدد السجلات في كل قمطر واسم صاحب السجل واسم أبيه حتى يكتب النسخ كلها فلأن[١] أمين القاضي إن لم يكتب هذا فصلا فصلا ويأخذ هـذا [٢] من القاضي المعزول [٣]لم يقدر على[٣] إيصال كل ذي حق إلى حقه . فلابد //[ف١١أ] له أن يفصّل ذلك كله من جهة القاضي المعزول. وأما شرط كون القاضي المعزول أو أمينه [٤] حاضرا عند قبض الديوان فلأن مافي الديوان للناس عند المعزول كالوديعة عند المودع . فليس لهـذا القاضي قبضه إلا بحضرته أو بحضرة من يقوم مقامه من أبنائه كما ليس لأحد أن يقبض الوديعة من يد المودَع إلا بحضرته .

وأيضاً فإن هذا القاضي يحتاج أن يتسلم من المعزول مافي ديوانه ويثبت

---

(٢) ساقط من ف ، ج .

(٣) ف . فيكتب .

(٤) ج : لا يكون .

(٥) ساقط من ف .

(٦) ساقط من ف .

(٧) ساقط من ل .

(٨) ف : يكتب أن .

40 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ف .

(٣) ف : ليس يقدر إلى .

(٤) ف : أمين من أمثاله .

ذلك (٥) فى ديوان نفسه ، لكى إذا جاء طالب يطلب تسليم (٦) شىء من حقوقه دفعه (٦) إليه إن كان قد تسلمه من المعزول ، وإلا رجع به صاحب الحق على المعزول ولا يتلف حق إنسان فيما بينهما . فيكون فى ذلك احتياط لأموال الناس وللقاضيين جميعاً // [ل ١١ ب] أيضا ، لأنه إذا كان بغير محضر من المعزول إن جاء مدع يدعى (٧) على المعزول شيئاً مما قد كان أثبته فى ديوانه ، يقول : قد قبضه القاضى المولى . وعسى الحجة عند القاضى (٨) المعزول ، فلا يصل المدعى (٩) إلى حقه من جهة المعزول لهذه العلة ، ولا من جهة المولى لأنه يقول : ماقبضت (١٠) شيئاً مما يدعى . فيكون فى ذلك إتلاف حق (١١) المدعى . وأما احتياط بحق (١٢) المعزول فلأنه يجوز أن يكون قد قبضه القاضى المولى فأنكره والمدعى (١٣) هو ذا (١٣) يدعى الحق على المعزول ، فإذا حضر هو وسلم (١٤) الديوان إلى الثانى (١٤) زالت التهمة عنه ، لأنه يقيم البينة على تسليمه إلى الثانى . وأما احتياط الثانى فلما بينا أنه إن لم يتسلم بمحضر من القاضى يجوز أن يتّهم فيما يُدعى عليه وإن لم يكن قبض ذلك من المعزول . وإذا حضر المعزول وقبض ماعنده بحضرته وأثبت ذلك فى ديوانه زالت التهمه عنه .

41 وأما عدد الصكاك التى فيها أموال الناس فإنما يحتاج أن يثبت (١) عددها واسم الذى له المال والذى عليه واسم (٢) آبائهم لأن ذلك أحوط

---

(٥) ساقط من ف .
(٦) ف : تسليم حقوقه أوفاه .
(٧) ساقط من ل .
(٨) ساقط من ل ، ف .
(٩) ساقط من ل .
(١٠) ف : قبضت منه .
(١١) ج : مال .
(١٢) ساقط من .
(١٣) ل : هو الذى .
(١٤) ل : الديوان الثانى .

41 (١) مزيد هنا فى ج : ذلك فى ديوانه ، ويثبت .
(٢) كذا فى الأصل ، والصواب : أسماء .

لأموالهم . ولأنه[٣] إذا لم يكتب عدد الصكاك لوضاع منها شيء يذهب[٤] مال صاحبها ، لأن الذى عليه المال لو أنكر ، ولا حجة لصاحبه غير ذلك ، بطل حقه ، وأيضاً فإن القاضى إذا لم يكتب عدد الصكاك فى ديوانه لا يأمن أن يدعى أحد عليه صكا[٥] فيكون قد أخذ لنفسه بالاحتياط .

42 وأما الوقوف فإنما عليه أن يكتب أسماء الأمناء الذين فى أيديهم [١]من أمناء القاضى المعزول ومواضعها ولأى شيء صارت فى أيديهم[١] وماسببها لأنه إذا لم يتعرف ذلك من المعزول اشتبه عليه أمر الوقوف وماتصرف[٢] إليه غلاتها ، ولأنه يجوز أن ينكر واحد من أمنائه فلا يقدر القاضى المولى على [٣] // [ف ١١ ب] إثباته ، فإذا أثبته [٤] من جهة المعزول سهل عليه أمره . وأيضاً فإنه يجوز أن تكون الضياع فى أيدى الأمناء على غير وجه الوقف[٥] ، على وجه منازعة الخصومة ، ووضعها على يدى عدل ، أو هى وديعة لغائب ، أو [٦]مال اليتيم[٦] تركها فى يدى عدل[٧] ، فلا بد لهذا القاضى من [٨] أن يستفسر أمر ذلك من القاضى المعزول ويكشف حالها حتى يقف على حقيقة الأمر ويوصل كل ذى حق إلى حقه .

43 قال : { ثم يكتب[١] // [ل ١٢ أ] أيضاً أسماء المحبّسين فى حبس القاضى ، وبأى شيء حبس كل رجل منهم ، وماسببه ، ولمن هو محبوس ويسئلان القاضى عن ذلك . وإن كان ذُكر ذلك فى ديوان القاضى يعرّفانه[٢]

---

(٣) ف : وذلك لأنه . (٤) ف : فذهب .
(٥) ل : صك .

42 (١) ساقط من ف . (٢) ف : وبما .
(٣) ساقط من ف . (٤) ف : اشتبه الأمر .
(٥) ف : الوقوف (٦) ل : مال سى .
(٧) ل : عدله . (٨) ساقط من ف .

43 (١) ف : كتب . (٢) ف : يعرفاه .

بأسمائهم . ويسأل المحبسين عن أسباب حبسهم ولمن حبسوا }[٣] وذلك لأن[٤] القاضي المعزول لا يُقبل قوله على المحبسين ، فلا يقضي[٥] القاضي المولى [٦] بقول المعزول فحسب على أحد[٦] حتى يسأل المحبسين[٧] عن ذلك ، لأنه[٨] بعد العزل كواحد من الناس ، فلا يجوز قبول قوله [٩] على أحد[٩] . وليس هذا كالباب الأول ، لأن هناك لم يصـــل القاضي المولى إلى معرفة ما في الديوان إلا من قبل[١٠] المعزول ، وهاهنا يتوصل إلى معرفة ذلك من جهة المحبسين ، فلا يصدق القاضي على المحبسين ويسألهم عن سبب حبسهم .

44 قال أبو بكر الخصاف[١] : } فإن صدّقوا القاضي في ذلك وأقروا بما يجب به حبسهم أقرهم في الحبس بعد أن يعرضهم ويجمع بينهم وبين خصمائهم [٢] من غير تفريط في ذلك[٢] ، فإذا طلب خصماؤهم [٣] الحبس حبسهم وأقرهم[٣] على ما كانوا عليه ، لأن حق الحبس ثابت[٤] عليهم للخصوم[٥] ، فلا يجوز له إطلاقهم . فإن أنكروا أن يكونوا حبسوا بأمر يلزمهم[٦] الحبس كشف القاضي عن أمرهم وعرضهم[٧] واحداً واحداً ، فمن كان له خصم أحضره معه [٨] حتى يقيم عليه البينة بحقه[٨] ، [٩] فإن أقر له المحبوس بحق وطلب حبسه يرده إلى الحبس. ومن لم يقر منهم وأقام عليه شهودا بحقه[٩] ، فإن كان القاضي يعرف

---

(٣) ف : حبسوا له .   (٤) ف : أن .

(٥) ج : يقتصر .

(٦) ف : على قول المعزول نحسب ولا على أحد ذكر ذلك .

(٧) ساقط من ل .   (٨) ف : لأن القاضي .

(٩) ساقط من ل .   (١٠) ف : عند .

44 (١) ساقط من ف .   (٢) ساقط من ف ، ج .

(٣) ف : حبسهم أقرهم . ج : حبسهم وعودهم إلى الحبس أقرهم .

(٤) ساقط من ف .   (٥) ف : للخصماء .

(٦) ج : لم يلزمهم .   (٧) ف : وعرفهم .

(٨) ساقط من ف ، ج .   (٩) ساقط من ل .

الشهود بالعدالة أقره فى الحبس، إذا أراد خصمه ذلك ، وإن كان لايعرف الشهود أخذ من المحبوس كفيلا بنفسه وأطلقه إلى أن يسأل عن الشهود . فإذا عُدّلوا وأراد خصمه حبسه رده إلى الحبس } ، [١٠]من قبل أنهم أنكروا مقالة القاضى المعزول[١٠] فليس للقاضى المولى إطلاقهم[١١] بغير حجة ، لأن أمر القاضى المعزول محمول على الصحة وأنّ حبس المحبسين[١٢]كان بالحق لا بالباطل[١٢]، فلابد للمولى أن يكشف[١٣] عن حالهم فيحضر خصومهم[١٤] الذين أقر لهم المعزول . فإن ادعى خصومهم[١٤]// [ف١٢أ] ماأقربه القاضى وصدقهم[١٥] المحبوسون تركهم فى حبسهم لثبوت الحق الموجب للحبس . وإن [١٦]أنكر الخصماء[١٦] أن يكون لهم عليهم حق يوجب الحبس ، فإن القاضى يكشف أمرهم ويعرف حالهم ويعرضهم واحداً واحداً فإن كان لواحدمنهم//[ل١٢ب] [١٨]خصم أحضره معه ويحكم فيما بينهم ما[١٧] يوجب الحكم . وإن لم يتبين له خصم أخذ فى كل واحد منهم[١٨] كفيلا [١٩]وأطلقهم من قبل[١٩] أنه يجوز أن يكون حبسهم لقوم آخرين فلا ينبغى للقاضى أن يطلقهم ويضيع حقوق الناس إلا بأن يأخذ منهم كفيلا . وأيضاً فإن هذا يجوز أن يكون حيلة احتال بها المحبوس مع الخارج على صاحب الحق : يأمر إنساناً ليحمل[٢٠] إليه رجلا باسم خصمه ونسبه [٢١]ويلقنه ذلك حتى يقـــول عند القاضى المولى ذلك[٢١] فلاينبغى للقاضى أن يطلق المحبوس حتى يستوثق منه بكفيل ثقة أمين[٢٢] .

---

(١٠) ف : ذلك أنهم قد أقروا عند القاضى وقد حصلوا فى حبس القاضى

(١١) ف : إطلاقه إياهم . (١٢) ف : بالحق دون الباطل .

(١٣) ف : يستكشف . (١٤) ف : خصماءهم .

(١٥) ف : وصدقوهم .

(١٦) ف : أنكر والخصماء . ل : أنكر الخصم .

(١٧) ف : أما . (١٨) ساقط من ل .

(١٩) ف : ويطلقهم من جهة . (٢٠) ل : بالتحمل .

(٢١) ف : ولقبه حتى قال عند القاضى المولى .

(٢٢) ساقط من ف .

45 قال : { وإن كان فى الحبس[١] قوم لم يحضر لهم خصوم [٢]وادعوا أنهم حبسوا بغير حق وأنهم ليس لهم خصم[٢] أمر القاضى مناديه أن ينادى فى مجلسه [٣] كل يوم إذا جلس[٣] أن القاضى يقول : من كان يطالب فلان ابن فلان الفلانى المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبين خصمه[٤] . فإن حضر[٥] له خصم ، وإلا أطلقه من الحبس . ينادى كذلك[٦] أياماً ، فإن حضر خصم لأحد منهم جمع بينه وبينه ، وألزمه مايلزمه[٧] وإن لم يحضر لأحد منهم خصم[٨] تأنى فى أمورهم ولم يعجل فى إطلاقهم حتى يأتى[٩] عذراً { [١٠] لأنه يجوز أن يكون لرجل منهم خصم غائب أو مريض فإن لم يحضر خصم أخذ منهم كفيلا بأنفسهم وأطلقهم بعد التأنى . ووجه هذا كله احتياط على حسب ما بينه [١٠] .

46 قال[١] : { فإن قال بعضهم : أنا محبوس لرجل يقال له فلان بن فلان بألف درهم أقررت له بها عند القاضى المعزول فحبسنى ، فإن القاضى يأمر بإحضار خصمه . فإذا حضر وعرفه[٢] القاضى أنه فلان بن فلان أو عرّفه إياه شهود شهدوا على نسبه[٣] ، فقال المحبوس قد أحضرت ماله فقل له يقبضـــه منى ويخرجنى من الحبس ، ويأخذ[٤] ماله ، فإن القاضى ينظر فى أمر المحبوس فإن لم يجد له خصما غير صاحب المال أطلقه من الحبس . وإن لم يقف من أمره على

---

45 (١) ف : المحبسين . (٢) ساقط من ج .
(٣) ساقط من ج . (٤) ف : بينه .
(٥) ف : كان . (٦) ل ، ف : ذلك .
(٧) ف : يلزمه له . (٨) ساقط من ل .
(٩) ل : سلى .
(١٠) ف : لعل لرجل منهم خصما غائباً ، فان لم يحضر خصم أحـد منهم أخذ من كل واحد منهم كفيلا بنفسه وأطلقهم بعد الندا . وقد بينا وجه الاحتياط فى ذلك .

46 (١) ف : أبو بكر رحمه الله . (٢) ف : فان عرفه .
(٣) ل : نفسه . (٤) ف : فأخذ .

حقيقة أخذ منه كفيلا و أطلقه} . أما تعريف القاضي المقَر (٥)له فلأن القاضي ينبغي له أن يحتاط في حق الخصم لئلا يكون المقر له غير خصم(٦) المحبوس فينبغي ان يتعرف اسم المقر له واسم أبيه ونسبه ليتبين أنه خصم المحبوس أو غيره . فإذا (٧بان له ذلك٧) حينئذ يُجرى على المحبوس من الحكم //[ف١٢ب] ما توجبه الشريعة فيما بينه وبين المقر له من حبس أو غيره . وأما في حق الغير فيحتاط(٨) فيه ويأخذ من المحبوس //[ل١٣ أ] كفيلا لئلا(٩) يكون محبوساً بحق غير المقر له فيكون في إطلاقه إياه إضاعة حق الغير .

47 قال(١ الخصاف : { وكذلك١) اذا أراد الطالب إطلاق المحبوس من الحبس (٢بلا قبض٢) المال ولكنه أراد الرفق به فسأل القاضي إطلاقه تأنى القاضي في أمر إطلاقه { لئلا(٣) يكون محبوساً لغيره ، ثم أطلقه بعد ذلك على ما وصفت(٤) لك . قال : { فإن كان القاضي لا يعرف الطالب (٥ولم يأت من يعرّفه٥) من الشهود وأشكل على القاضي أمره ، وقال المحبوس : إنما حبست لهذا الرجل بألف درهم وقد أحضرتها ؛ (٦فقل له٦) أن يقبضها مني(٧) ويخرجني من الحبس ، فإن القاضي يأمر هذا الرجل بقبض هذا المال لإقرار(٨) المحبوس له بذلك }، لأن الحق الذي ثبت فيما بينهما ليس له طريق إلى إثباته إلا من جهتهما فيصدّقان على ذلك وينفذ الحكم على المقر (٩على حسب٩) ما اقتضاه اللفظ (١٠المقر له١٠) . قال : { فأما إطلاقه فلا ينبغي له أن يطلقه بقول هذا

---

(٥) ف : المقر . (٦) الخصم .
(٧) ف : كان كذلك . (٨) ف : فانه يحتاط .
(٩) ف : لكيلا .

47 (١) ساقط من ل . (٢) و : بلا قبض منه . ج : من غير قبض .
(٣) ف : لكي لا . (٤) ف : وصفنا .
(٥) ف : ولا يلزم تعريفه . (٦) ف : قيل له . ج : فأمره .
(٧) ساقط من ف . (٨) ل : باقرار .
(٩) ساقط من ج . (١٠) ل : المقر له . ولعل الصواب . المقر به .

القابض للمال } لأنه لا يدرى لعل هذه حيلة من المحبوس [١١] أيضاً إذ قد يجوز أن [١١] يأتى برجل يسمى باسم خصمه ليطلقه ويخلص[١٢] من الخصم . ولكنه[١٣] إذا قبض هذا المقر له المال[١٣] يأمر القاضى بالنداء على المحبوس، أن القاضى يقول لمن كان[١٤] له حق على[١٤] فلان بن فلان فى حبس القاضى فلان بن فلان فليحضر ، فإن لم يحضر[١٥] له خصم[١٥] أطلق القاضى[١٦] المحبوس بعد أن[١٦] ينادى أياماً. [١٧] فإن أتى إنسان يطالبه بشيء وقال : لى حُبس ، نظر فى أمرهما على ما فسرت لك . فإن لم يأت أحد[١٧] تأنى القاضى أياما ثم أخذ من المحبوس كفيلا بنفسه وأطلقه من الحبس[١٨] .

48 فصـــل[١]

قال : [فإن قال المحبوس: إنه لا كفيل لى . أو ما يجب علىّ كفيل وليس لى خصم وإنما كنت محبوساً[٢] لهذا الرجل الذى قبض ما له منى ولست أعطى كفيلا ، تأنى القاضى فى أمره ولم يعجل بإطلاقه حتى ينادى ويسأل عن خصم إن كان حبسه . يفعل ذلك شهـــراً أو نحوه على ما يرى . فإن أتى له خصم ، وإلا أطلقه من الحبس } من قِبل أنه[٣] يجوز أن يكون حبسه لهذا [٤] المقر له[٤] على ماقال ، فلا يستحق الحبس بعد ذلك ، فيطلقه[٥] إذا لم[٦] يستبن

---

(١١) ساقط من ف .
(١٢) ف : ويفلت .
(١٣) ساقط من ف .
(١٤) ف : حبس .
(١٥) ساقط من ف .
(١٦) ف : فلان بن فلان من الحبس ،
(١٧) ساقط من ل .
(١٨) ل : يتأنى فى أمره ويأخذ منه كفيلا بنفسه ثم يخلى سبيله .

48 (١) كلمة فصل فى ف ، ج فقط .
(٢) ل : محبوس .
(٣) ل : من قبل لأنه .
(٤) ل : المعنى .
(٥) ف ، ج : فللقاضى أن يطلقه .
(٦) ل : إذا لم يبين أن له حقاً أخذ .

له حق أحد عليه[٦] . وأيضاً فإنه يجوز أن يكون حبسه لغيره[٧] للتعزير والتعزير لا يوجب مداومة الحبس [٨]فلذلك كان له[٨] أن يطلقه .

49 [١]قال الخصاف رحمه الله[١] . { فإن قال قائل : لا ينبغي للقاضي المولى أن يترك أحداً من المحبسين في الحبس إلا أطلقه ، إلا رجلا[٢] //[ف ١٣ أ] [٣] أقر أن لإنسان يعيّنه //[ل ١٣ ب] عليه حقاً وذلك الإنسان يريد[٣] حبسه ، أو إنسان يأتي بشهود عدول على أحد منهم ، فأما من لم يحضر[٤] له خصم فإن القاضي لا يحبسه ، قيل له : وجدنا[٥] هؤلاء محبسين في يدى قاض [٦]من قضاة المسلمين[٦] ، والذى عندنا أن نضع[٧] أمر القاضي وحبسه على أنه لم يحبسهم[٨] إلا بأمر يلزمه الحبس ، ولا يجوز أن يقول[٩] حبسهم بظلم ، فيطلقهم } ، لأن القاضي عندنا على العدالة والأمانة حتى يصح عليه خلاف ذلك[١٠] ، وهذا صحيح على ما بيننا فيما سلف .

50 قال الشيخ[١] رحمه الله : أليس قد قلتَ إن الحبس يجوز أن يكون لأجل التعزير ، والتعزير لا يوجب مداومة الحبس ، فهلا يجوز إطلاق القاضي إياه بغير كفيل ؟ فقال : ليس كذلك لأن ظاهر الحال يوجب الحبس سواء كان للتعزير أو غيره ، فلا يجوز إطلاقه إلا بعد التأني والأخذ بالاحتياط .

---

(٧) ف : للغير . (٨) ف : فللقاضي .

49 (١) ساقط من ل . (٢) ف : رجل .

(٣) ف : يقر لإنسان يعينه بحق فيريد ذلك الإنسان .

(٤) ف : يكن . (٥) ف : إنا وجدنا .

(٦) ساقط من ل . (٧) ل : يضع . ج : ضيع .

(٨) ف : يحبس . (٩) ج : يكون .

(١٠) من هذا إلى آخر فقرة 51 مضطرب في ل . وكل الذى تضمنه هذا : وليس لأحد أن يقول لهذا القاضي المولى أن لا يعرف الأمور هم فلا يأمر بحبسهم ولا ينوى غير ذلك لأن هذا يقتضى إطلاقهم ، وقد بينا أنه لا يجوز للقاضي إطلاق المحبسين بغير حجة .

50 (١) ليس من الواضح من هو هذا الشيخ ولعله أحد تلامذة أبي بكر الرازي ، راوى هذا الشرح عنه .

51 قال الخصاف { فإن قال(١) قائل : فإن لم يطلقهم القاضى وأنه لا ينبغى أن يعرض فى أمورهم بشىء لا يأمر بحبسهم ولا ينهى ذلك ، قيل له(٢) : فإن قال هذا القاضى : أنا لا آمر بشىء فى ذلك ولا أنهى ، فأطلقه بوّاب من الحبس ، هل يتركه هذا القاضى وذلك ؟ فإنه لا ينبغى للقاضى أن يدع البواب وذلك ولكنه يكشف عن أمرهم على ماوصفت لك ويسأل عن أحوالهم ، فإذا صح عنده شىء عمل به وأنفذه } : وهذا بين لأن المحبوس إذا لم يكن هناك مانع يمنعه من الخروج من الحبس خرج ولا يقعد فى الحبس. مَن يقول إن(٣) القاضى ينبغى أن لا يأمرهم بحبسهم ولا ينهى عن ذلك ، يقتضى إطلاقهم ، وقد بينا أنه لا يجوز للقاضى إطلاق المحبسين بغير حجة(٤) .

52 قال (١ الخصاف رحمه الله١) : { فإن قال(٢) رجل من المحبسين : حبسنى القاضى(٣) بإقرارى بالزنا أربع مرات فحبسنى ليقيم علىّ الحد (٤ وأنا مُحْصَن ، أو : حبسنى ليضربنى حد الزنا ، أو قال : أقررت عنده بشرب الخمر فحبسنى ليقيم على الحد٤) ، فإن القاضى يستقبل النظر فى أمره ولا يلتفت إلى ما كان من إقراره عند القاضى الأول ولا إلى بينة إن كانت قامت عليه } ويجب على القاضى(٥) النظر فى أمره على الاستقبال كأنه (٦ رجل خبره٦) الساعة فأقر عنده (٧ بهذا الذى وصفنا . فإن حضر له خصم ، وإلا أخذ منه كفيلا وأطلقه من الحبس . وأما حد الزنا ، فإن عاد وأقر عنده٧) . بذلك أربع مرات ووصف

---

51 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ج .
(٣) ف : إلى . (٤) انظر ملاحظة (١٠) فى فقرة 49 .

52 (١) ساقط من ل . (٢) ف : كان قال .
(٣) ساقط من ل .
(٤) ساقط من ل . (٥) ف : هذا القاضى .
(٦) ف : حضره . (٧) ساقط من ل .

الزنا وسأل القاضى عن عقله وأمره فوجده على صحة [٨]من ذلك فإنه يلزمه فى ذلك مايلزمه[٨] وأقام عليه // [ف ١٣ ب] الحد وإن كان قد تقادم ، لأن حد الزنا لا يسقط بالتقادم. وأما[٩] شرب الخمر والسكر[١٠] من النبيذ فإنه لا يثبت على المقر بذلك [١١]حد لأن[١١] حد السكر يجب مادام[١٢] الخمر فى بطنه أو يوجد[١٣] منه رائحتها [١٤]قدر يوم وليلة منذ شربها[١٤]. وكذلك الشهادة فى ذلك إذا لم يشهدوا عليـــه يوم شربها أو صبيحة ذلك اليوم لم يُقم عليه الحد . [١٥]وإنما قلنا إنه لا يقتصر على الإقرار الأول منه[١٥] لأن القاضى الأول لما عُـزل صار كواحد من الأجنبيين . فإقرار المقر عنده بالزنا [١٦]كلا إقرار[١٦] إذ كان ذلك مما [١٧]تسقطه الشبهة[١٧] ، وليس هذا كالإقرار بالمال : إنه يجوز نقله إلى القاضى الثانى ، لأن[١٨] الإقرار بالزنا لو نقلناه إلى هذا القاضى الثانى لم يخلُ نقله من أن يكون بالشهادة أو بإقرار هذا[١٩] . وإقرار الإنسان بالزنا لا يجوز أن ينقل إلى القاضى بالشهادة . ألا ترى أن شاهدين لو شهدا عند القاضى على إقرار رجل بالزنا لم [٢٠]تقبل شهادتهما[٢٠] ؟ فكذلك مسئلتنا . لا يجوز نقل الإقرار بالشهادة ولا يجوز نقله بإقرار هذا // [ل ١٤ أ] المقر[٢١] لأن حكم ذلك الإقرار قد بطل من حيث لا يجوز أن يحكم عليه بالحد بذلك الإقرار . فلا بد للقاضى من أن يستأنف به الحكم ، فإن أقر به على ما أوجبه الحد أو الرجم أثبته ، وإلا لم يؤخذ بذلك . وأما[٢٢] حق الغير فإنه لا يطلق عنه حتى

---

(٨) ف . ألزمه القاضى فى ذلك مايلزمه وأنفذه عليه .
(٩) ل : ولو . (١٠) ل : والمسكر .
(١١) ف : من قبل أن . (١٢) ف : دامت .
(١٣) ف : يجد . (١٤) ساقط من ل .
(١٥) ف : وأما حكمه مع المقر له فى الزنا لم نجعله بمنزلة من أقر عنده هذا الاقرار.
(١٦) ف : كالإقرار . ج : كالإقرار عند غيره .
(١٧) ف : إذا كان ذلك مما يسقط بالشبهة .
(١٨) ف : من قبل أن . (١٩) ج : بالاقرار من هذا المقر .
(٢٠) ف : لم يقبل ذلك منهما ولا يلتفت إلى شهادتهما .
(٢١) ساقط من ل . (٢٢) ف : وأما فى .

يؤخذ منه كفيل(٢٣) بعد التأني في أمره على ما بينا .

53 قال : { ولو كان الإقرار بحد القذف (١وقطع اليد قَبِلَ القاضي ذلك منه وحكم١) عليه بإقراره أنه فعل ذلك } . ولا يشبه هذا الفصل الأول لأن هذا حق بني آدم وحقوق بني آدم لا تسقط بالشبهة ، (٢فوجب أن يؤخذ٢) بإقراره على نفسه بمال لإنسان(٣) ، وكما أنه لو جاء إلى (٤القاضي فقال٤) : إني كنت قذفت فلاناً بالزنا ، وفلان يدعي(٥) عليه ذلك ، حده القاضي بقوله : كنت قذفت(٦) . فكذلك هذا المحبوس إذا أقر بأن حبسه كان لأجل القذف أُخِذ(٧) به . وأما حد(٨) الزنا فهو من حقوق الله تعالى ، ليس لآدمي(٩) فيه حق . ألا ترى أنه لا يسقط بالتراضي(١٠) عليه (١١لأنه حق الله تعالى١١) ؟ ألا ترى أنه لو جاء إلى القاضي فقال : كنت أقررت بالزنا ، لم يؤخذ بهذا الاقرار ؟ فكذلك في مسئلتنا ، لا يؤخذ المحبوس بقوله : إني حبست بإقراري بالزنا . قال : { والقصاص مثل حد القذف لأنه من حقوق بني آدم } . (١٢وأما أخذ الكفيل منه بعد إقامة حد القذف إذا أراد إطلاقه لأن حد القذف وإن ناب عن // [ف ١٤ أ] جميع ما يلزمه من سائر الناس بالقذف ، فإنه لا ينوب عن سائر الحقوق . ويجوز أن يكون محبوساً بحق آخر لغير هذا المقذوف ، فلا يطلق دون أن يؤخذ منه كفيل١٢) .

---

(٢٣) ف : كفيلا .

53 (١) ف : أو قطع يد فان القاضي يقبل منه ذلك الحكم .

(٢) ف : فيؤخذ . (٣) ف : الانسان .

(٤) ف : قاض يقول . (٥) ساقط من ل .

(٦) ف : قذفته . (٧) ف : يؤخذ .

(٨) ساقط من ف . (٩) ف : لأحد .

(١٠) ل : بالتراخي . (١١) ساقط من ل .

(١٢) ل : قال ويأخذ به كفيلا بعد إقامة حد القذف عليه إذا أراد إطلاقه لأن حد القذف أن برىء من جميع ما يلزمه من سائر الناس بالقذف فانه يجوز أن يكون محبوساً بحق آخر لغير هذا المقذوف فلا يطلقه أو يأخذ منه كفيلا .

54 قال [١]الخصاف رحمه‌الله[١]: { وأما [٢]أموال الودائع[٢] فإن قال القاضى المعزول : على يدى فلان كذا وكذا من المال ، وهو لفلان بن فلان ، فإن القاضى المولى يسأل الذى على يديه الوديعة[٣] عن هذا المال . فإن قال : دفعه إلىّ القاضى فلان وقال لى هو لفلان بن فلان ، أو قال : دفعه إلىّ القاضى فلان بن فلان ولا أدرى لمن هو ، فإن القاضى المولى يقبل قول القاضى المعزول فى ذلك ، وقول الذى فى يديه ذلك ، فيجعله لمن أقرّ له[٤] . } وكذلك الضياع والعقار والعروض كلها لأن[٥] الذى فى يديه الشىء إذ أقر أن الشىء وصل إلى يده من جهة القاضى فقد اعترف للقاضى باليد[٦] وصار[٧] كأنه فى يدى القاضى فيجوز //[ل ١٤ ب] إقراره فى جميع ما أقر به ، كما يجوز [٨]إقرار الانسان[٨] على ما فى يديه .

55 قال : { وإن اختلف القاضى[١] المعزول والذى فى يده المـال[٢] فقال القاضى : هو لفلان . وقال الذى فى يديه المـال : هو لفلان — رجل آخر — ولم يقل : إن القاضى دفعه إلىّ ، فإن القول [٣]قول الأمين } لأن[٣] الذى فى يده المـال إذا لم يقر للقاضى بثبوت اليد على المـال وأنه أخذه منه صار هو [٥]وواحد من الناس[٤] سواء ، فيكون القول قول من فى يده من المـال لأن كل من[٥] فى يده شىء للغير ، فالقول قوله فيما أقر به . } وإن قال الأمين : دفعه إلىّ القاضى فلان بن فلان وهو لفلان — رجل آخر — لم

---

54 (١) ساقط من ل .
(٢) الأموال فى الودائع .
(٣) ف : الودائع .
(٤) ف : له بذلك .
(٥) ف : من قبل أن .
(٦) ل : بيده .
(٧) ف : فصار الشىء .
(٨) ف : لإقراره للانسان .

55 (١) ساقط من ج .
(٢) مزيد هنا فى ف ، ج : لم يقبل قول القاضى المعزول فيه ، وهو أن يقول القاضى .
(٣) ف : قوله من قبل أن .
(٤) ف : الأجنبيين .
(٥) ساقط من ج .

^يُصدق الأمين على ما قال ، والقول قول القاضي } ، لأن الأمين قد اعترف باليد للقاضي فصار كالمودِع والمودَع[٦] ، إن القول قول المودِع بأن الوديعة لزيد [٧]لإقراره باليد[٧] ويجب[٨] على المودَع رد الوديعة إلى المودِع المقر بها لزيد لإقراره باليد ، فكذلك هذا . قال : } وإن بدأ الذي في يديه المال فقال: المال الذي في يدي لفلان دفعه إلىّ القاضي فلان ، وقال القاضي : بل هو لفلان — لإنسان آخر — فإن الذي في يديه المال يدفعه إلى الذي أقر به[٩] ويغرّمه مثل ذلك الذي[١٠] أقر له به القاضي } .

56 قال الشيخ [١]أبو بكر أحمد بن علي الرازي : وهذا قول محمد ، وعند[١] أبي يوسف لا ينبغي أن يضمن الأمين لمن أقر له به القاضي ، كما قال في الوديعة إن المودع إذا أقر بوديعة لزيد ثم قال : // [ف ١٤ ب] هي لعمرو ، [٢]لم يضمن لعمرو شيئاً . وفي قول محمد : يضمن . أما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن الإنسان[٢] لا يضمن بإقراره في مال الغير وإنما يَضمن بالتسليم بدلالة أنه لو أقر بأن هذا العبد الذي في يدي زيد لعمرو لم يضمن شيئاً ، ولو أخذه وسلمه إليه ضمن . فدل على أن الإنسان لا يضمن بإقراره في مال الغير وإنما يضمن بالتسليم . فإذا كان كذلك قلنا في مسئلة الوديعة : إن المودَع لم يستهلك على عمرو شيئاً بإقراره بدءً[٣] بالوديعة لزيد لأنه لم يسلمها[٤] ، [٥]فإذا أخذت الوديعة من يده بقضاء قاض، شاء المودَع أم أبى لم يلزمه شيء لأنه لم يسلمها إليه[٥]

---

(٦) ل : وفي المودع .
(٧) ساقط من ف .
(٨) ف : ويجرى .
(٩) ساقط من ف .
(١٠) ف : ويغرم مثل ذلك للذى .

56 (١) ف ، رحمه الله : وهذا قول محمد ، وأما على قول .
(٢) ساقط من ل .
(٣) ل ، ف : مدنا . ج : بدأ .
(٤) ف : يسلمها إليه .
(٥) ساقط من ف .

وإنما أخـذت من يده بغير فعله . فلذلك[٦] لم يضمن لعمرو شيئاً . وأما محمد فإنه يقول : لما كان أخـذ القاضي الوديعة إنما وجب بقوله ، صار هو المستهلك لها كالغاصب إذا أقر بالغصب لزيد ثم قال : هو لعمرو ، يضمن // [ل١٥ أ] لعمرو مثلها[٧] ويسلم الغصب إلى زيد . كذلك هذا . والجواب [٨]عن هذا[٨] لأبي يوسف ان الغاصب لما أقر بالغصب لزيد فقد اعترف بضمان العين قبل[١٠] إقراره لعمرو . ألا ترى انه لو اقتصر على هذا ولم يقر لعمرو فهلك الغصب [١١]من غير فعله[١١] ضمن لزيد ؟ فكذلك إذا أقر لعمرو بالغصب [١٢]فإنه يضمن لأن الإقرار بالغصب من غير فعله[١٢] أوجب ضمان العين له قبل الأخذ من يده ، فإذا أخذ من يده لم يسقط عنه الضمان . وليس كذلك الوديعة لأن الإقرار بها لا يوجب ضمانا ، بدلالة أنه لو اقتصر على إقـــراره بها للأول فهلكت[١٣] لم يضمن[١٤] فكذلك إقراره بها للثاني لا يوجب عليه ضماناً . فإذا استحقت من يده بغير فعله لم يلزمه شيء . وأيضاً فإن الغصب عندهم يكون مضمونا على الغاصب بالقيمة متى ما عجز عن رد العين . فإقراره بالغصب قد انتظم معنيين ، أحدهما كون[١٥] العين ملـكا للمقر له ، والثاني ضمان قيمته عليه[١٦] عند عجزه [١٧]عن رد العين[١٧] . فإذا عجز عن رد العين لزمه المعنى الآخر وهو ضمان القيمة . [١٨]وليس هذا كالوديعة لأن الإقرار بالوديعة لا يوجب ضمان القيمة[١٨] ولا ينتظم اللفظ غير[١٩] كونها ملكا للمقر له . فإذا استحق الملك عليه[٢٠] لم يلزمه شيء للمقر له ، كرجل أقر بمـال لإنسان[٢١]

---

(٦) ف : فـكذلك .
(٧) ساقط من ف .
(٨) ساقط من ل .
(٩) ل : وقد .
(١٠) ل : فقبل .
(١١) ساقط من ف .
(١٢) ساقط من ف .
(١٣) ل : حتى هلـكت .
(١٤) ف : يضمن شيئاً .
(١٥) ل : يكون .
(١٦) ساقط من ف .
(١٧) ساقط من ل .
(١٨) ساقط من ف .
(١٩) ل : على .
(٢٠) ل : عليك .
(٢١) ف : إنسان .

ثم استحق عليه ببينة فلا(٢٢) يلزمه للمقر له شيء . فكذلك هذا . (٢٣)ولمحمد أيضاً أن إقراره بها لغيره تضييع منه فصار بمنزلة تضييعه للحفظ مثل أن يتركها فى الطريق(٢٣) .

57 قال : { وإن قال القاضى : على يدى فلان عشرة آلاف(١) درهم أصابه فلان اليتيم من تركة والده(٢) فلان ، وصدّقه بذلك الذى فى يده المال فإن لم يدّع أحد من الورثة هذا المال فهو لليتيم المقَر له به ، وإن إدعى سائر الورثة (٣)ان المال مال والدهم(٣) وأنهم لم يأخذوا حقهم(٤) فهو ميراث بينهم جميعاً }، لأن(٥) القاضى والأمين قد تصادقا (٦)على أن المال(٦) للميت وأنه وصل إلى اليتيم من جهته ، والظاهر أنه مال اليتيم ، فحكمه أن يكون بين الورثة على فرائض الله تعالى // [ف ١٥ أ] فلا يصدق القاضى ولا أمينه على (٧)صرف الحكم(٧) على الظاهر ، كرجل فى يده شيء فقال : هو لفلان وَهَبَهُ من فلان كان المال للمقر له ولا تصح الهبة إلا بقوله . كذلك هذا . وكذلك الحكم فى الضياع والعقار والعروض // [ل١٥ب] ، إلا أن القاضى ينبغى له(٨) أن يحتاط لليتيم ويحلّف سائر الورثة على ما يجب عليهم .

58(١). قال : فإن كان مال بصك على رجل وكان القاضى قد بين سبب

---

(٢٢) ف : لم . (٢٣) ساقط من ف .

57 (١) ل ، ف : ألف . (٢) ف : أبيه .
(٣) ل : وقالوا المال مال والدنا . (٤) ف : حصتهم .
(٥) ف : من قبل أن . (٦) ف : بالمال .
(٧) ل : صرو الحكمة . (٨) ساقط من ف .

58 (١) من هنا إلى آخر الفقرة مختصر جداً فى ل . وهو كما يلى : فان كان الأول الد بين سبب المال وكتب صكا وأشهد فيه أنه لفلان اليتيم أصابه من تركة والده فهو لليتيم فى جميع الأحوال لأنه لم يقر به لغير اليتيم ، واليتيم فى يده ، فالقول قوله فيمن أقر له ، كصاحب اليد إذا أقر بما فى يده لانسان كان القول قوله . كذلك هذا إلا أن يبلغ اليتيم فيقر لهم بشيء والله أعلم .

المـال وأشهد فى الصك أنه لفلان اليتيم أصابه من تركة والده فلان، وأن سائر ورثة والده قد استوفوا حصصهم ، كان هذا مال اليتيم دون الورثة { لأن القاضى إنما أشهد على ذلك وكتب به الصك بعد أن حكم به لليتيم ، فلا يجوز أن يفسخ الحـكم ويجعل المـال لليتيم ولسائر الورثة . قال: { وإن كان القاضى أشهد أن هذا المـال لفلان اليتيم ، ولم يقل : من تركة والده ، فهو لليتيم { ، لأنه لم يقر أنه لغير اليتيم ، والشىء فى يده ، فالقول قوله فيمن أقر له به . [٢]كصاحب اليد إذا أقر بما فى يده لإنسان كان القول قوله[٢] . كذلك هذا مثله ، إلا أن يبلغ اليتيم فأقر لهم بشىء قُـبِـلَ ذلك[٣] .

59. باب العمل فى الضياع والوقوف والمستغلات والدور التى فى أيدى الأمناء

الأصل فى هذا الباب[١] أن القاضى المعزول إذا أقر بأصل الوقف[٢] أنه كان لفلان الميت أوقفه ، فإنه لا يُصدق هو ولا الأمين على الورثة ، ويكون الوقف ميراثا للورثة على فرائض الله تعالى ، إلا أن يقيم صاحب الوقف البينة على دعواه أو ينكل[٣] الورثة عن اليمين فيلزمهم حكم نكولهم عن اليمين ويُسلَّم[٤] الوقف إلى صاحبه . وإن لم يقر بأصل الوقف أنه كان ملكا لفلان ولكنه قال: هو وقف على كذا وكذا وهو فى يدى فلان ، وصدّقه فلان، فإن[٥] القاضى المولى ينفذ هذا الوقف ولا يلتفت إلى قول غيره ، لأن[٦] القاضى إذا أقر

---

(٢) ساقط من ف . (٣) انظر ملاحظة (١) .

59 (١) ساقط من ف . (٢) ج : الوقوف .

(٣) ف : نكل .

(٤) ف : عن اليمين للورثة فيلزمه حينئذ حكم نكولهم عن اليمين وتسليم .

(٥) ساقط من ل . (٦) ف : وذلك أن .

بأصل المال لفلان (٧) الميت فقد ثبت ملكه للميت . فقوله أنه وقفه (٨) على فلان غير مقبول على الميت ، فلا يلتفت (٩ إلى قوله٩) . فكذلك حكم قول أمينه . وأما إذا لم يقر بأصل المال للواقف (١٠) ولم يفسر شيئا بل (١١) قال : هو وقف على فلان ، فانه يصدق ، لأن الشى فى يده إذا كان (١٢) الأمين صدّقه فى أنه وصل إليه من جهته ، (١٣ فيصدق لأن قول الإنسان مقبول على ما فى يده١٣) .

60. قال : { وينبغى للقاضى المولى أن لا (١) يسأل المعزول عن التفسير } لأنه إن يسأله عن التفسير //[ف ١٥ ب] لم يأمن ان يجحد الورثة أنه وقف فيكون فى ذلك إبطال حق الواقف (٢) ، ولكنه يقتصر على قوله : إن هذه الصيغة وقف على كذا وكذا . فإذا أقر بذلك أنفذ الحكم (٣) على ما أقر به .

70. باب ما يجب على القاضى من محاسبة أمنائه على ما فى أيديهم من الأموال

قال (١ الخصاف رحمه الله١) : { وينبغى للقاضى أن يحاسب الأمناء على ماجرى //[ل ١٦ أ] على (٢) أيديهم من أموال اليتامى ومن أثمان (٣) غلاتهم . فمن كان (٤ فيهم من أقامه٤) القاضى مقام الوصى على اليتيم قَبِلَ القاضى قوله

(٧) ساقط من ف . (٨) ف : وقف .
(٩) ف : إليه . (١٠) ف : الموقف .
(١١) ف : إلا أنه . (١٢) ساقط من ل .
(١٣) ف : وقول الانسان مقبول على ما فى يده ، فلذلك صدق .
60 (١) ساقط من ف . (٢) ف : الموقوف .
(٣) ل : الحاكم .
70 (١) ساقط من ل . (٢) ف : فى .
(٣) ج : أثمار . وفى ل : شيا . (٤) ف : منهم أقامه .

فيما يقبل فيه قول الوصى } . وأما محاسبة الأمناء فإن فيه حظاً[٥] لأموال اليتامى واحتياطاً[٦] لهم . والقاضى منصوب لإيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم . فلذلك وجب عليه [٧] أن يحاسبهم[٧] . وأما قول الأمين الذى أقامه مقام الوصى فإنما يقبل قوله[٨] فيما يقبل فيه قول الوصى لأن وصى القاضى يقوم مقام وصى[٩] الميت . ألاترى أن وصى الميت إذا لم يكن أميناً [١٠]كان للقاضى[١٠] أن يعزله ويقيم غيره مقامه ؟ لأن عليه حفظ مال اليتيم ، فصار مثل الأب . وكذلك وصية مثل وصى الأب ، فيقبل قوله كما يقبل قول وصى الأب . [١١]والمعنى فيهما جميعاً كونهما أمينين فيما يتصرفان من الأموال[١١] . والأمين يصدق فيما يلزمه[١٢] من الضمان من جهة الوصية ، وإن لم يصدق فيما يلزم غيره[١٣] من الضمان . ألاترى أن المودَع مصدق فى براءة نفسه من ضمان الوديعة ، وإن لم يصدق على المودِع فى أن[١٤] الوديعة لغيره ؟ فكذلك مسئلتنا .

71 قال : { ومن جعله [١]قيما على ضيعة[١] اليتيم [٢]وقابضاً لأمواله ، يبيع الغلات ويعمر الضيعة وينفق على اليتيم فى كل شهر كذا[٢] وكذا ، فإن[٣] هذا ينبغى له أن يقبل قوله فيما اتفق على عمادة الضيعة ، إذا ادعى ماينفق على مثلها فى تلك المدة { [٤]من قبل[٤] أنه أمين فى الصرف[٥] على مثل مايتغابن الناس [٦]فى مثله[٦] احتياطاً لمـال اليتيم ، فيصدق فى ذلك فإذا ادعى أكثر مما يتغابن

---

(٥) ل : حفظ .
(٦) ف : والاحتياط .
(٧) ف : المحاسبة .
(٨) ساقط من ف .
(٩) ساقط من ف .
(١٠) ف : فللقاضى .
(١١) ساقط من ل .
(١٢) ف : يلحقه .
(١٣) ل : من غيره .
(١٤) ف : فان . وفى ج . بأن .

71 (١) ف : فيما صنعه .
(٢) ساقط من ل .
(٣) ف : كان .
(٤) ف : وذلك .
(٥) ف : التصرف .
(٦) ساقط من ل .

الناس فيه وادعى نفقة أكثر مماينفق في تلك المدة لم يلزم الصبي منه شيء[٧] ويلزم الوصي كالوكيل[٨] بالشراء إذا اشترى شيئاً[٩] بأكثر مما يتغابن الناس فيه لم يلزم الموكل الشراء ويلزم الوكيل لأنه مخالف . كذلك هذا .

72 . قال { ويقبل قوله في أثمان الغلات فيما[١] صار في يده من الغلات } لأنه أمين . قال : { فإن اتهم أحداً في شيء من ذلك استحلفه } . أما إذا لم يتهمه فلا ينبغي أن يستحلفهم لأن النفقة والعمارة وغير ذلك من الأمور التي جعلت إليه حكمها ظاهر ، ولم // [ف١٦ أ] تبن[٢] لنا مخالفته فيها ، فالقول قوله بغير يمين ، كالأب والوصي[٣] لايحلفان على التصرف في مال الصبي . كذلك مسئلتنا . ولايشبه // [ل ١٦ أ ب] هذا المودَع إذا ادعى هلاك الوديعة ، لأن الظاهر هناك لايوجب هلاك الوديعة ، وإنما يرجع إلى قوله في ذلك . فلابد من[٤] أن يحلف على دعوى المودِع أيضاً ، فإن اليمين هناك[٥] لم يجب لبراءة المودَع من ضمان الوديعة وإنما يجب لقطع الخصومة . وهذا المعنى[٦] غير موجود في مسئلتنا . وأما إذا اتهمهم[٧] فإنما يحلفهم لأن فيه حفظ مال الصبي [٨]لأنه يرتدع عما يريد أن يفعله مما فيه ضرر على الصبي ، فربما ينكل عن اليمين فيلزمه شيء للصبي[٨] ، [٩]فله أن يحتاط[٩] .

73 قال : { [١]فإن كان للإنسان منهم رزق وادعى أن القاضي المعزول أجراه له[١] ، لم يقبل ذلك إلا ببينة } ، لأن قول الأمين غير مقبول على غيره ،

---

(٧) ف : شيئاً . (٨) ف : والوكيل .
(٩) ساقط من ف .

72 (١) ف : وفيها . (٢) ف : يتبين .
(٣) ف : والقاضي . (٤) ساقط من ل .
(٥) ف : هناك أيضاً .
(٦) ساقط من ج . (٧) ل : اتهم .
(٨) ساقط من ف . (٩) ساقط من ل .

73 (١) ف : ولئن كان لأحد منهم دار وادعى القاضي المعزول أجرتها .

كما لا يصدق المودَع فى دفع الوديعة إلى غيره إذا أراد تضمينه ، وكما لا يصدق الوكيل فى استحقاق الثمن على الموكل إذا قال : قد اشتريت العبد الموكّل (٢)بشرائه وقبضه(٢) وهلك عندى ، ولم يكن قبض الثمن من الموكّل . كذلك هاهنا . قال : { فإن أقام بينة(٣) على [إجراء](٤) القاضى المعزول هذه النفقة قبلت بينته } كما تقبل بينة المودَع والوكيل على ما يدعيانه من الضمان .

74 قال : { فإن كان للأمناء بينة على أن القاضى المعزول أقامهم فى ذلك وجعلهم أمناء فيه ، فلما صار هذا القاضى المولى إليهم حضروا(١) ، فقال كل واحد منهم : فى يدى كذا وكذا لهذا(٢) اليتيم ، أو قال : فى يدى كذا وكذا (٣)وقف على كذا وكذا(٣) ، وقد صار فى يدى(٤) من غلاتها كذا وكذا(٥) وأنفقت فى عمارة الضيعة كذا وكذا ودفعت منه(٦) فى الوجوه المسبلة كذا وكذا ، لم يقبل القاضى قوله فيما أنفق وفيما باع(٧) من الغلات ، وألزمه ما أخرج من يده من ذلك لليتيم(٨) أو الوقف ، إلا أن يقيم بينة على إقامة القاضى إياه مقام الأمين. فإن أقام بينة على ذلك } ، يعنى على(٩) ما يدعى من التصرف فيها(٩) { قبل قوله(١٠) } أما الفصل الأول (١١)فإنما لم يقبل قوله لأنه إنما أقام بينة على أنه أقامه فى ذلك وجعله أميناً فيه وليس فى هذا(١١) دلالة على جواز التصرف لأن القيم أو الأمين إنما يكون فى الحفظ دون التصرف ، فلا يقبل قوله فى التصرف فيه ، ويكون ضامناً لما تصرف فيه ، كالمودَع // [ل ١٧ أ] إذا تصرف فى

---

(٢) ف : به وقبضه . (٣) ف : البينة .
(٤) فى الأصل : أخذ .
74 (١) ف : حضروه . (٢) ل : هذا .
(٣) ساقط من ف . (٤) ل : يدى كذا .
(٥) هنا معاد سطر كامل فى ف ، ج مع بعض الاضطراب .
(٦) ساقط من ف . (٧) مزيد هنا فى ل : على إقامة القاضى إياه .
(٨) ل ، ف : اليتيم . (٩) ساقط من ف .
(١٠) ل : ذلك منه .
(١١) ل : فقد أقام على أنه أمين فلا يكون فى هذا .

الوديعة ضمن[١٢] وأما إذا أقام بينة على جعل القاضي إياه[١٣] أميناً فى التصرف، فإنه يقبل قوله كما يقبل قول الوصى والوكيل أيضاً . فإن تصرف الإنسان فى ملك الغير يوجب[١٤] الضمان إلا أن // [ف١٦ ب] يكون هناك اذن[١٥] يسقطه[١٦] ، فالأمين[١٧] لما أقر التصرف فى الفضل الأول[١٨] فقد لزمه[١٨] الضمان ، وادعى براءته بقوله إنه أمين ، فلايصدق على[١٩] براءة نفسه[١٩] . فإن أقام البينة على كونه أميناً فى ذلك برىء كما يبرأ الوكيل إذا أثبت الوكالة فيما تصرف فيه من مال الموكل .

75 قال : { وإن قال كل واحد منهم : هذه الضيعة فى يدى لهذا اليتيم وصار فى يدى من غلتها كذا وكذا [٢] أو قال : هذه الضيعة [١] فى يدى وقف على كذا وكذا ، صار فى يدى من غلتها كذا وكذا [٢] ، ولم يقل : بعت ، ولا : أنفقت شيئاً ، فالقول قوله فيما أقر به من ذلك } ، لأنه لم يقر بشيء يوجب عليه الضمان ، إذا لم يعترف بالتصرف[٣] فيه من بيع ولا غيره . إلا أن للقاضى أن يحلفه على ماحصل فى يده من الغلات إذا اتهمه ، كما قلنا فى النفقة . قال : { فإن قال القاضى : لا أقبل منكم الجمل إلا أن [٤] ترفعوا إلى حساب ماجرى على أيديكم [٥]منه ببينة[٥] وماعملتم [٦] فى ذلك ، فقال بعضهم : إن القاضى الأول

---

(١٢) ف : يضمن .
(١٣) ل : أيام .
(١٤) ف : فوجب .
(١٥) ف : إذنا .
(١٦) ل : يسقط .
(١٧) ف : كالأمين .
(١٨) ف : فيلزمه .
(١٩) ف : براءته .
(٢٠) ف : وكالته .

75 (١) ساقط من ف .
(٢) ساقط من ج .
(٣) ساقط من ف .
(٤) ساقط من ف .
(٥) ل : منه سنة . ف : سنة سنة .
(٦) ساقط من ل .

قدكان حاسبنا على ماجرى على أيدينا إلى وقت كذا وكذا ، وأبرأنا ،[٧] وأتى على ذلك ببينة[٧] قبل ذلك هذا القاضى[٨] وأخذه بحساب ماجرى على يده بعد ذلك الوقت الذى[٩] أبرأه فيه[٩] القاضى { ، لأن أمر القاضى[١٠] الأول كان جائزاً عليهم فى حال قضائه ، فإذا[١١] أتى الثانى ببينة[١١] أقامها على أن القاضى الأول حاسبه فقد برىء[١٢] من دعوى[١٢] المدعى[١٣] لأنه بمنزلة أن يحكم الأول أنه ليس للمدعى عليه شىء[١٣].

76 قال : {وإن قالوا للقاضى : ليست لنا بينات على إقامة القاضى إيانا[١] بذلك ولا المحاسبة فيما بيننا ونحن[١] أمنا فيما فى أيدينا ، ونخاف[٢] أن نقر عندك بشىء تلزمناه ولا تقبل قولنا فيه[٣] ، والذى فى أيدينا كذا وكذا ، فإنه ينبغى للقاضى ألا يحملهم على الإقرار وينظر فى هذا بما[٤] هو الأصلح . فمن كان[٥] فيهم معروفاً[٥] بالأمانة والدين[٦] والستر والصلاح[٦] فإنه يقبل ذلك منه جملة[٧] واستحلفه إن أراد استحلافه أنه ليس فى يده إلا ما أقر به[٨] ولا أتلف منه شيئاً[٨] ولا وضعه فى غير وجهه //[ل ١٧ ب] ومن كان منهم غير مأمون وتوهم عليه الإدغال[٩] فإنه يسأل[٩] عن تفسير ماجرى على يديه } ، وذلك لأنه[١٠] إذا كان غير متهم فالاحتياط فى التوقف عنه وأن يترك على الإجمال دون التفسير[١٠] لأنه لو فسر لم يأمن دعوى الوارث

(٧) ف : ولنا بذلك بينة .
(٨) ج : عدا .
(٩) ل : أراد .
(١٠) ساقط من ف .
(١١) ف : بين الثانى بينة .
(١٢) ساقط من ل .
(١٣) ساقط من ف .

76 (١) ف : وكننا .
(٢) ف : ونحن نخاف .
(٣) ف : أقوالنا .
(٤) ف : ما .
(٤) ف : منهم معروف .
(٦) ساقط من ف .
(٧) ف : قبل منه الجملة .
(٨) ساقط من ف .
(٩) ف : فسأله .
(١٠) ما بين قوسين حاشية ل . ف ، ج . . . فالاحتياط فى الوقف ان يكون على الاجمال دون التفسير .

فلا يمكن إثباته للموقف (١١) عليه . وقد (١٢ علمنا من حاله أنه لا يعمل فيه غير المستوى ١٢) . وأما إذا اتهمه فله أن يستفسره لكى لا يكون قد أتلف منه شيئاً (١٣ أو وضعه فى غير موضعه فيستفسر شيئاً شيئاً ويحلفه على ذلك حتى يأخذ فيه بالاحتياط ١٣) .

77 قال الشيخ (١) : والقياس فى هذا أن (٢ يكون الأمر فيهم سواء ٢) ، وأن يكون القول قولهم فيما أقروا به من ذلك ، وعليهم الأيمان . ولا يؤخذون بأكثر منه . وليس عليهم أن يرفعوا حساب //[ف ١٧ أ] ماجرى على أيديهم (٣ إذا قالوا : مافى أيدينا إلا هذا الذى أخبرناك به ٣) لأنهم أمناء فصاروا كالمودَع إذا أقر بالوديعة لم يطلب منه تفسير الجهة التى (٤ دخلت إليه منها ٤) ، وأيضاً فإن كل من حصل فى يده شىء للغير فالقول قوله فيه على أى وجه حصل فى يده . كذلك هذا .

77a قال : { وحكم موت القاضى كحكم (١ عزله ، يفعل بديوانه القاضى المولى كما بينا فى حال العزل ١) } .

---

(١١) ل : الواقفة . (١٢) ساقط من ف .
(١٣) ف : فيدخل فى جملة ما أقر به وإذا استفسره شيئاً وحلف على ذلك إذا أتهم فقد أخذنا بالاحتياط .

77 (١) ساقط من ف لعل الشيخ المذكور هنا هو مدرس شرح الجصاص . انظر فقرة 50 .
(٢) ف : الأمر فيهم كلهم واحد .
(٣) ساقط من ل . (٤) ف : وصل بها اليه .

77a (١) ف : القاضى المولى بديوانه كما بينا فى حال العزل .

78 باب ماينبغى للقاضى أن يتعرف (١) من البلد (١) الذى وليه من العدول وأهل الثقة والأمانه

قال : { وينبغى للقاضى أن يتعرف (١ من بالبلد١) الذى وليه من العدول وأهل الثقة والأمانة . فإن قدر أن يتعرف ذلك قبل أن يرد (٢ إليه فعل { لأنه٢) إذا كان قد عرف (٣ حال القوم٣) ومنازلهم قبل الدخول كان إذا (٤) دخل يرتب لكل واحد منهم مرتبة على مايستحقه (٥) . وينزلهم (٦) منازلهم من غير أن يسأل أحدا (٧ عنهم ، فيكون٧) أحسن من أن يسأل الناس عن حالهم وقت دخوله (٨) بين يدى الناس . فلذلك قال : ينبغى أن (٩ يتعرف حالهم٩) قبل الدخول . قال : { فإن سمى له قوم ، فإنه إذا دخل الموضع (١٠) بعث إلى رجل رجل (١١) منهم فقال له : من فى هذا البلد من أهل الثقة والأمانة ؟ ويسأل بعضهم عن بعض { لأن فى ذلك احتياطا (١٢) لأموال الناس (١٣) لكى لايدخل فى الشهود والأمناء من يقع عليه التهمة والريبة . قال : { ويثبت أسماء من يسمى له واسم كل رجل منهم . فإن سمى له أولئك الذين كانوا سموا له قبل أن يدخل البلد سأله (١٤) أيضاً عن أصلح هؤلاء والمتقدمين منهم فيعرفهم . ثم لايزال يسأل بعضهم عن بعض واحداً واحداً

---

78 (١) ل : من البلد .
(٢) ف : البلد قبل ذلك ، من قبل أن .
(٣) ل : حالهم .
(٤) ل : ذلك . وفى ج : ذلك اذا .
(٥) ف : استحقه .
(٦) ف : وينزلهم على .
(٧) ف : عن حالهم ، كان .
(٨) ف : الدخول .
(٩) ف : تتقدم المعرفة بحالهم .
(١٠) ف : البلد .
(١١) ساقط من ل .
(١٢) ل : احتياط الناس وحقوقهم .
(١٢) ف : لحقوق الناس . ج : لأموال
(١٤) ل : قوما سألهم .

سراً حتى يجمعوا // [ل ١٨ أ] له (١٥ على قول١٥) { لأنه يجوز أن يقف بعض الناس على سيرتهم وعلى عيوبهم وبعضهم لم يقف(١٦) . فإذا احتاط وسأل عامة معارفهم بهم(١٧) كان أحوط قال : { فإن سموا له غير الذين كانوا عنده وعدلوهم ووثقوهم أثبت أسماء من سموه له عنده — يعني القوم الذين سموا للقاضي قبل دخول البلد — ويسألهم(١٨) عن حالهم ثانياً ويستثبت عدالتهم وأمانتهم ، ثم يسأل هؤلاء الذين قد أجمعوا للقاضي على (١٩) عدالتهم عن(٢٠) قوم من أهل المحال فيثبت أسماء من يسمى له من أهل المحال في كل محله ويتقصى معرفة ذلك بأكثر ما يمكنه ويجد إليه السبيل {(٢١ لأن هذا أمر غامض لا يكاد يقف عليه إلا البعض ٢١) . وإذا احتاج إلى المسئلة عن الشهود في المحال يسأل أولئك وغيرهم ، إن عرف(٢٢ أحد غيرهم بالصلاح٢٢) .

79 // [ف١٧ب] باب القاضي يقضي في المسجد الجامع

روى هشام بن أبي عبيد الله ، مولى لقريش ، قال : سمعت الحسن يحدث حديثاً : قال أتيت المدينة فدخلت(١) مسجد رسول الله يوما(٢) بالهاجرة ، فإذا أنا بابن عفان قد كوم كومة من الحصا ووضع رداءه ثم اتكأ ، وإذا هو رجل (٣حسن الوجه٣) حسن اللحية ، وإذا بجبينه(٤) نكبات من أثر الجدري ، وإذا الشعر قد كسا ساعديه . قال : فجاءه سقاء معه قربة يخاصم رجلا قال :

---

(١٥) ل : قوم .
(١٦) ف : يقفوا عليه . ج : يتفقوا عليه .
(١٧) ساقط من ف .
(١٨) ف : يسعفهم . ج : يتفهم .
(١٩) ل : عن
(٢٠) ف : على .
(٢١) ساقط من ف .
(٢٢) ف : له أحد غيره .

79 (١) ساقط من ف .
(٢) ف : ذات يوم .
(٣) ساقط من ل .
(٤) ف : وجنتيه .

لجعل ينظر فيما بينهما . ففى هذا دلالة على أن القاضى فى سعة (٥من تنفيذ٥) الحكم فى المسجد الجامع . وقد روى عن الحسن أنه كان يقضى فى المسجد — وكان قاضى البصرة من جهة عمر بن عبد العزيز . وروى عن الحسن وزرارة ابن أبى أوفى أنهما كانا يقضيان فى الرحبة خارجا من المسجد . وروى عن يحي ابن يعمر(٦) انه كان يقعد فى الطريق فيقضى . وعن شريح انه كان يقضى فى داره إذا كان يوم مطير . وعن الشعبى أنه كان يقضى فى المسجد (٧وعن محارب ابن دثار أنه كان يقضى فى المسجد٧) ويخطب بالسواد . وعن شريح أنه كان يقضى فى المسجد أيضاً . فهذا (٨يدل على٨) جواز القضاء فى كل موضع يقدر على إنفاذ الحكم وقطع(٩) الخصومة ، إلا أن الأفضل (١٠عندنا أن يقضى فى١٠) الجامع ، (١١لأنه أسهل١١) المجالس وأرفقه(١٢) بالناس وأحرى ألا يخفى على من أراد مجلس القاضى . وجلوسه فى مسجد حيه // [ل ١٨ ب] أو فى بيته لا يضره (١٣لما روى من المتقدمين فى الدين وقضائهم فى مواضع مختلفة١٣) ، (١٤إلا أن١٤) الأفضل ما ذكرنا (١٥لما بيناه١٥) .

80 قال : { وإذا دخل القاضى المسجد (١فأحب إلى١) أن يبدأ فيصلى ركعتين أو أربعا } ، أى ذلك يسهل عليه ، وهذه تحية المسجد لا (٢ تختص بالقاضى٢) دون غيره . (٥قال أبو بكر : وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « تحية المسجد ركعتان(٣) . إذا جاء أحدكم إلى المسجد فليصل ركعتين »(٤) ٥) .

---

(٥) ف : على أن ينفذ .
(٦) ف : معمر .
(٧) ساقط من ف .
(٨) ساقط من ف .
(٩) ف : والاطلاع .
(١٠) ف : عند أصحابنا فى مسجد .
(١١) ف : فانه أشهر .
(١٢) كذا فى الأصل ، والصواب : وأرفقها .
(١٣) ساقط من ف .
(١٤) ف : وان كان .
(١٥) ساقط من ف .

80 (١) ف : وأحب اليه .
(٢) ف : يختص بها القاضى .
(٣) فى الأصل : ركعتين .
(٤) قابل بخارى ، صلاة ، ٦٠ .
(٥) ساقط من ف .

قال : { ثم يدعو بعد صلاته أن يوفقه الله عز وجل ويسدده(٦) للحق ويعصمه عن معاصيه . ثم يجلس للحكم ، فيستقبل القبلة بوجهه } ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أشرف المجالس ما أستقبل به القبلة »(٧) . قال : { ويكون الناس أمامه وبالبعد منه حيث لا يسمعون ما يدور بينه وبين من يتقدم إليه من الخصوم } ، لأن القوم إذا كانوا بالقرب من القاضى (٨مع الخصوم لم٨) يأمن عليهم تلقين الخصوم والشهود ، فإذا أبعدهم عن نفسه وعن الخصوم زال ذلك المعنى (٩ولأنهم إذا كانوا بالقرب من القاضى لم يأمن أن يشتغل خاطره بكلامهم ومخاصمتهم٩) . قال : { ويضع القمطر(١٠) إلى جانبه عن يمينه ، ويكون القيم (١١بالقمطر قد أخرجه وجعله بين يديه من منزله إلى المجلس١١) . ويجلس كاتبه ناحية عنه // [ف ١٨ أ] حيث يراه . وإن أراد أن يجلس معه قوما(١٢) من أهل الثقة والأمانة أجلسهم قريباً منه } لأنه أحوط للناس (١٣وأبعد للتهمة١٣) . قال : {ويفتتح القاضى (١٤القمطر أو يفتحه١٤) قيمه عليه (١٥أو كاتبه من غير أن يدخل واحد منهما يده فيه } لئلا يزاد فيه أو ينقص منه١٥) (١٦فإن فعل ذلك فلا بأس١٦) ، لأنهما أمينان والتهمة مرتفعة عنهما . قال : { ثم يخرج رقاع ذلك اليوم فيفتحها ويخلطها بين يديه حتى لا تتقدم رقعة على رقعة ، ثم يدعو رقاع الشهود أولا(١٧) } يعنى الأحكام التى يحتاج فيها إلى الشهادات(١٨) .

---

(٦) ساقط من ل .
(٧) لم يرد ف ولسنك .
(٨) ف : والخصوم ليس .
(٩) ساقط من ف .
(١٠) ف : قمطرة .
(١١) ف : بالقمطرة قد أخرجها وحطها من يده الى المجلس . ومزيد فى ل هنا المسجد .
(١٢) ساقط من ف .
(١٣) ساقط من ل .
(١٤) ف : القمطرة أو يفتحها .
(١٥) ساقط من ف .
(١٦) النص مضطرب هنا . ل : فان منحل واحد منها يده ذلك فلا بأس .
(١٧) ل : ولا .
(١٨) ف : الشهادة .

81 قال : { وإذا تقدم إليه الخصمان سأل المدعى ، وهو صاحب الرقعة ، عن دعواه . فإذا ادعى شيئاً معلوماً مثل مال سماه من ورِق أو عين[١] ، أو شيئاً مما يكال[٢] أو يوزن ، وسمى كل[٣] ذلك ووصفه بجودة // [ل ١٩ أ] أو غير ذلك ، أقبل على المدعى عليه فسأله عما ادعى عليه خصمه } .

82 [١]قال الشيخ :[١] أما سؤال القاضى للمدعى فإنما يحتاج أن يستوصفه حتى يحصل المدّعَى معلوم الجنس والنوع والصفة والمقدار ، [٢]مثل أن يقول : ماهو ، حنطة أو شعير ؟ فإذا قال : حنطة ، يسأله عن النوع : من أى نوع هو ، أبيض أو أحمر ؟ فإذا قال : أبيض ، سأل عن الصفة : جيد أو ردىء ؟ فإذا قال: جيد ، سأله عن المقدار : قفيراً أو قفيرين ؟ فإذا ذكر المقدار فقد حصل المدّعَى معلوماً[٢] وإنما احتاج إلى ذلك لأن القضاء لا يصح على مجهول ، فلابد من التفسير حتى يحصل المدّعَى معلوماً . وأمّا سؤاله المدّعى عليه فإنه[٣] يسأله عمّا ادّعى عليه خصمه . فإن أقرّ له[٤] بشىء أخـذ جوامع إقراره فى رقعة ووضعها بين يديه وبعث بها [٥]إلى الكاتب ليكتب[٥] إقراره . فإذا قرىء عليه محضره[٦] قابل به الرقعة التى عنده فإذا اتفق ذلك وقع القاضى بخطه فى أسفل المحضر : قرىء هذا المحضر علىّ بمحضر[٧] من فلان بن فلان وفلان بن فلان ، وأقر فلان بن فلان عنـدى لفلان بن فلان بجميع [٨]ماسُمى[٨] فى إقراره فى هذا الكتاب — إن كان القاضى يعرف المقر بالحق والمقر له . فإن كان لا يعرفهما[٩] كتب . أقر عندى الرجل الذى ذكر أنه

---

81 (١) ف : غيره . (٢) ساقط من ل .
(٣) ف : كيل .

82 (١) ساقط من ف .
(٢) ساقط من ل . (٣) فانما .
(٤) ساقط من ف . (٥) ساقط من ل .
(٦) ف : بحضرة . (٧) ل : محضر .
(٨) ساقط من ل . (٩) ف : يعرفهم .

فلان بن فلان للرجل الذى(١٠) ذكر أنه فلان بن فلان الذى حضر معه بجميع ما سمى من إقراره فى هذا الكتاب . هذا(١١) حكم إقرار المدعى عليه . وأما كتابة القاضى الرقعة(١٢) أولا على إقرار المدعى عليه فلأنه إذا كتب إقراره فى الرقعة وأثبته فيها كان أمكن لحفظه(١٣) ونفى الاختلاف(١٤) عنه . فإذا كتب الرقعة بعث بالخصمين(١٥) إلى الكاتب ليكتب عليهما(١٦) المحضر بذلك لأن القاضى لا يتفرغ إلى كتابة المحضر لأنه يحتاج إلى أن يشتغل بسائر الناس فلا يترك القضاء وفصل الخصوم // [ف ١٨ ب] ويشتغل بالمحضر ، فلهذا يبعث بهما إلى الكاتب (١٧ليكتب عليهما المحضر١٧) . وإنما لم يقتصر على الرقعة التى كتبها فقط(١٨) لأن الرقاع إنما يكتب فيها(١٩) سماع القاضى لقول المدعين ولا يبين فيها الإشهاد وغير ذلك مما يحتاج إليه المحاضر . (٢٠فلا بد٢٠) من (٢١بسط الكلام فيهما٢١) والإشهاد عليهما بمحضر يكتب عليهما . فإذا جاء بالمحضر وقع القاضى(٢٢) حينئذ على ما بينا بعد التقابل بالرقعة ، لأنه ما لم يقابل بالرقعة لم يثبت حكم المحضر عند القاضى ، لأنه إذا كان مخالفاً للرقعة(٢٣فإنه يكون٢٣) إقرار غير ما وقع عند القاضى ، فلا يعمل عليه . وأما إذا وافق الرقعة صار هذا المكتوب فى المحضر هو الذى سمع القاضى منه وأثبته فى الرقعة. //[ل ١٩ ب]فإذا ثبت ذلك عنده على هذا الوجه استفسرهم أيضاً فأقرهم عليه . فإذا ثبتوا عليه حينئذ وقع (٢٤عليه وكتب٢٤) سماع نفسه . قرىء هذا

---

(١٠) ساقط من ل .
(١١) ساقط من ل .
(١٢) ف : للرقعة .
(١٣) ف : لحفظه .
(١٤) ل : الأختلاف د
(١٥) ل : بالخصم .
(١٦) ل : عليها .
(١٧) ساقط من ف .
(١٨) ف : فيه
(١٩) ساقط من ل .
(٢٠) ل : فلأنه .
(٢١) ف : أن يسقط الكلام بينهما .
(٢٢) ل : القضاء .
(٢٣) ف : فهذا .
(٢٤) ف : فيه ويكتب .

المحضر عليّ بمحضر من فلان ابن فلان — على ما بينا وفائدة أخرى فى كتابة القاضى الرقعة ، وهى[٢٥] أن دعوى المدعى [٢٦]ينبغى أن يكون موافقاً لشهادة شهوده ، فإذا أثبت القاضى دعوى المدعى[٢٦] فى الرقعة سهل عليه أمره عند سماع البينة ، وقابلها بدعوى المدعى : هل هو موافق لشهادة الشهود أم لا. فإذا لم يكتب[٢٧] ذلك احتاج[٢٨] إلى استئناف الدعوى [٢٩]فيصعب عليه ذلك ، ويكون إثبات دعواه فى الرقعة ليمكن انفاذ القضاء[٢٩] .

83 قال : { فإن أنكر[١] المدعى عليه [٢]دعوى المدعى قبله[٢] أقبل على المدعى فقال له : قد أنكر ما ادعيت . فإن قال : استحلفه لى على دعواى ، سأله : ألك بينة على دعواك هذه ؟ فإن قال : نعم ، وكان القاضى ممن يرى استحلاف المدعى عليه مع دعوى أن المدعى أن له بينة ، أحلفه[٣] : بالله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة [٤]الكبير المتعالى[٤] ، ما لفلان قبلك ولا عندك ولا عليك حق مما ادعى ولا أقل من ذلك بوجه من الوجوه ولا بسبب من الأسباب ؟ }

84 قال[١] : وانما قال[٢] : استحلفه لى، قبل مطالبته بالبينة لأنه بنى المسئلة على أن القاضى يرى استحلاف المدعى عليه مع بينة المدعى . والثانى أن من

---

(٢٥) ف : وهو .

(٢٦) ساقط من ف . ويلاحظ أنه ذكر كلمة دعوى .

(٢٧) ف : يثبت . (٢٨) ف : يحتاج .

(٢٩) كذا فى ف ، ج . أما فى ل : قبله فلذلك احتاج الى أن يكتبه هو أولا حتى يشهد عليه الأمر .

83 (١) ف : جحد . (٢) ساقط من ل .

(٣) ف : حلفه . (٤) ساقط من ف .

84 (١) أى الشارح . (٢) ل : قال فان .

مذهب أبي حنيفة أن المدعى اذا قال للقاضي : أحلف[٣] المدعى عليه على دعواى ، وكانت له بينة حاضرة ، لم يحلفه على ذلك . وعند أبي يوسف: يحلفه عليه . وسيأتي وجه هذه المسئلة في موضعه . فإذا كان كذلك[٤] قلنا ان القاضي اذا [٥]طلب اليه[٥] أن يستحلفه ، يسأله عن البينة : هل له بينة حاضرة فإن قال: لا ، استحلفه حينئذ على دعواه : مالفلان هذا قبلك [٦]ولا عندك[٦] ولا عليك [٧]مما ادعى[٧] ولا أقل من ذلك ؟ ومعنى قبله ، أن يكون// [ف ١٩ أ] عليه دين ، ومعنى عنده ، أن يكون عنده وديعة أو شركة فيجحدها ، فلابد من أن يحلفه على المعنيين جميعاً . وأما قوله : ولا عليك // [٢٠ أ] فهو في معنى قبله إلا أنه يعيد عليه للتأكيد كما يؤكد عليه نفس اليمين فيقول[٨] : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الكبير المتعال . [٩]لأن هذه صفات كلها[٩] وهو واحد ليس كمثله شيء . وأما قوله : ولا أقل من ذلك ، لأنه يجوز[١٠] أن يتأول المدعى عليه في اليمين فيحلف على ما ادعاه المدعى ويكون الشيء المدعى دون ذلك ، فيكون باراً في يمينه [١١]كأنه ادعى عليه ألف درهم ، وكان أصل المال ألفا الا أنه قد أدى منه خمسماية ، فالمدعى عليه اذا حلف بالله ما عليه ألف درهم كان باراً في يمينه ، واذا قال : ولا أقل من ذلك ، كان كاذباً . فلذلك يحلف على أصل المال وعلى أقل منه[١١] .

85 قال : { فإن قال المدعى : بينتى حاضرة فاسمع منهم ، دعاهم[١] وقد حفظ القاضي دعوى المدعى ، فسمع من شهوده . فإن كانت[٢] الشهادة موافقة

(٣) ل : خلاف . (٤) ل : بذلك .
(٥) ف : سأل المدعى . (٦) ساقط من ف .
(٧) ف : حق . (٨) ف : بقوله .
(٩) ف : وهذه كلها صفات للبارى عز وجل .
(١٠) مكرر هنا في ل ما بين قوسين في ملاحظة (٩) .
(١١) ساقط من ل .
85 (١) ف : استدعاهم . (٢) ساقط من ل .

للدعوى أخذ القاضى جوامع الشهادة فى رقعة تكون بين يديه ، وبعثهم[٣] إلى الكاتب فكتب محضرهم . فإذا قرىء عليه قابل به الرقعة التى عنده . فإذا وافقت الرقعة المحضر وقع بخطه . قرىء هذا المحضر على بمحضر من الشهود المسمين فيه وبمحضر من فلان بن فلان وفلان بن فلان ، وشهد هؤلاء الشهود المسمون فيه[٤] عنــدى بجميع ماسمى ووصف من شهادتهم فى هذا الكتاب . وذلك بعد أن يسأل المدعى عند قراءة[٥] المحضر : كذا ادعيت ، ويسأل الخصم عن إنكاره وإقراره إن[٦] كان أقر ببعض وأنكر بعضاً[٧] : كذا أقررت أو أنكرت . ويسأل الشهود : هكذا شهدتم { . أما رقعة القاضى بشهادة الشهود ومحضر كاتبه فيما يتنافى سؤاله المدعى[٨] والمدعى عليه . وأما مقابلته[٩] لدعوى المدعى بالشهادة فلأن الشهادة إذا لم توافق دعوى المدعى لم تكن للمدعى [١٠]هذه الشهادة[١٠] وإنما تكون لغير خصم ، والشهادة غــير مقبولة لغير[١١] خصم . فلذلك ينبغى أن تكون الشهادة موافقة لدعوى المدعى . أما توقيع القاضى فلأن المحضر لم يكن فيه توقيع القاضى لم[١٢] يتعلق به حكم . وأما إذا كان فيه توقيعه فقد ثبت حكم سماع[١٣] البينة ، وإنما يحتاج إلى عدالتهم ، فإذا عدلوا أنفذ الحكم بذلك السماع المتقدم وأما تفسير[١٤] المدعى والمدعى عليه والشهود عند المحضر فللتأكيد .

86 قال : { ولا ينبغى للشاهد [١]إذا جلس[١] بين يدى القاضى أن يبــدأ القاضى // [ل ٢٠ ب] بما عنده من الشهادة حتى يقول القاضى : بم تشهد ؟ {

---

(٣) ل : بهما .
(٤) ف : ى هذا الكتاب .
(٥) ل : إقراره .
(٦) ف : وان .
(٧) ل : بعض .
(٨) ف : للمدعى .
(٩) ل : مقابلة .
(١٠) ساقط من ف .
(١١) ف : بغير .
(١٢) ف : لا .
(١٣) ف : بسماع .
(١٤) ف : تقدير .

86 (١) ساقط من ف .

وذلك لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم // [ف ١٩ ب] فى وصف ذم الناس فى آخر الزمان بأن « يحلف الرجل قبل أن يستحلف ويشهد قبل أن يستشهد »[٢] . فإذا أحضر الشاهدان سأل القاضى واحداً واحداً عن شهادته: بم تشهد ؟ ويقف عليها ويتكلم بها . قال : { وإن قال أحد الشهود : أشهد مثل[٣] شهادة صاحبى } هذا الشاهد الذى[٤] معه وقد شهد ذلك الشاهد[٥] عند القاضى فى ذلك المجلس ، { أو كان[٦] فشهد جماعة منهم[٧] ووصف الشهادة فقال الباقون نشهد على مثل [٨]شهادة هذا[٨] ، لم يقبل ذلك القاضى حتى يتكلم كل شاهد بشهادته ، أو[٩] تكون الشهادة على كتاب يقرأه بعضهم أو يقرأ عليهم ثم يوقف القاضى واحداً واحداً منهم حتى يقول : أشهد أن فلان بن فلان الفلانى هذا أقر عندى بجميع ما سمى ووصف فى هذا الكتاب لفلان ابن فلان الفلانى هذا الذى حضر وادعى ذلك . فإن كان الإقرار الذى فى الكتاب من المدعى والمدعى عليه وقفهم القاضى حتى يقولوا : نشهد[١٠] أن فلان بن فلان هذا وفلان بن فلان هـــذا أقرا عندنا[١١] بجميع ماسمى ووصف فى هذا الكتاب على ماقرىء ويوقف واحداً واحداً منهم على ما وصفت لك } .

87 قال الشيخ [١] أبو بكر أحمد بن على الرازى[١] . وهذا محمول على رأى القاضى إن كان عنده أن الشهود يقومون بلفظ الشهادة جاز له الاقتصار على سماع أحدهم وإقرار الباقين على مثل شهادته ، وإن غاب فى رأيه أنهم لا يقومون

---

(٢) ابن ماجه ، أحكام ، ٢٧ .
(٣) ل : على مثل ما .
(٤) ساقط من ف .
(٥) ساقط من ج .
(٦) ف : وكانوا .
(٧) ل : ومنهم.
(٨) ف : شهادته هذه .
(٩) ل : وتكون .
(١٠) ف : أشهد .
(١١) ف : عندي.

87 (١) ساقط من ف .

بالشهادة فيبنغى أن يستفسرهم حتى يسمع من واحد واحد لئلا يكون فى ذلك حمل (٢) على المدعى عليه ومعونة للمدعى .

88 قال (١) : { وإن كانت الشهادة على ميت حضر (٢) وصيه أو وارثه ، أو على غائب حضر وكيله يخاصم المدعى ، فينبغى للقاضى أن يوقف كل واحد من الشهود على شهادته } . أما إحضار الوصى أو الوارث أو وكيل الغائب فمن قبل أن الشهادة عندهم لا تسمع إلا على خصم . (٣) والذى قام مقام الميت وصيته إن كان له وصى ، ووارثه إن لم يكن له وصى (٣) ، فلابد من إحضار من قام مقامه // [ل ٢١ أ] حتى تقع (٤) الشهادة عليه . (٥) وكذلك الغائب يقوم مقامه وكيله ، فيسمع الشهادة على وكيله (٥) .

89 قال (١) الخصاف رحمه الله (١) : { فإن شهدوا على الميت أو الغائب فسموه ونسبوه إلى أبيه فقط لم يقبل القاضى ذلك حتى ينسبوه الى جده أو الى قبيلته أو صناعته أو الى شىء يعرف به } لأن الغرض (٢) فى ذلك (٢) معرفة المشهود له والمشهود عليه من غيره ، واتفاق الاسمين قد يقع كثيراً (٣) لأن محمد ابن عبد الله يجوز أن يكون فى بلد واحد جماعة ، واذا نسبه الى جده فقد ميزه (٣) لأن محمد بن عبد الله بن زيد قل ما يتفق فى قبيلة واحدة أو فى (٤) بلد واحد (٤) فإن لم يتميز بهذا أيضا ، نسبه إلى // [ف ٢٠ أ] اسم (٥) أشهر من هذا

---

(٢) ف : حلا .

88 (١) ساقط من ف . (٢) ل : أحضر .

(٣) فاذا كان الرجل ميتاً أو غائباً .

(٤) ل : لا تسمع . (٥) ساقط من ل .

89 (١) ساقط من ل . (٢) ف : من هذا .

(٣) ساقط من ل . (٤) ف : بلدة واحدة .

(٥) ف : شىء .

أو الى الحرفة فيقول : محمد بن عبد الله بن زيد الطائى [٦] أو الهاشمى ، أو [٧] ينسبه الى الحرفة[٧] فيقول : الصائغ أو الخياط ونحو ذلك حتى يتميز به من غيره لئلا تقع الشهادة على مجهول .

90 قال : { وان ادعى المدعى [١] دارا فى يدى المدعى عليه فإنه ينبغى للقاضى أن يقبل على المدعى ويقول له : سم البلد الذى فيه هذه الدار وموضعها من البلد وحدودها . ثم يسأل المدعى عليه بعد ذلك عن الدعوى} ، وذلك لما بينا أن القاضى لابد له من سؤال المدعى عن الشيء المدعى وعن[٥] صنعته لتحصل الدعوى فى شيء [٣]معلوم غير[٣] مجهول ، لأن القضاء غير جائز على مجهول ، والقاضى لا يصل [٤] هاهنا الى معرفة المدعى الا بالصفة لأنه لا يمكن حمله إليه [٦] وكذلك الضياع والأرضين[٥] على هذا[٦] قال : {فإن ادعى المدعى عبداً فى يدى المدعى عليه وأحضره ذلك[٧] مجلس القاضى يسأل[٨] المدعى عليه عن دعوى المدعى[٨] كذلك . وكذلك الثوب وغير ذلك من العروض } ، لأن المدعى هاهنا يمكن[٩] حمله . فإذا أحضر مجلس القاضى حصلت[١٠] الدعوى معلومة[١١] ، فعلى القاضى أن يسأل حينئذ المدعى عليه عن دعوى المدعى . وأما قبل إحضار المدعى [١٢]فإنه لا يلزم[١٢] سؤال المدعى عليه ، لأن معرفة هذه الأشياء [١٣]التى ذكرنا إذا كانت قائمة بأعيانها غير مستهلكة[١٣] لا تكون بالصفة والدلالة وإنما تكون بالنظر إليها ، فلابد من إحضار الشيء

---

(٦) ل : الصابى . (٧) ساقط من ل .

90 (١) ساقط من ل . (٢) ف : فيه .
(٣) ل : عن . (٤) ف : سبيل له .
(٥) هكذا فى الأصل ، والصواب . الأرضون .
(٦) ساقط من ف . (٧) ساقط من ف .
(٨) ساقط من ل . (٩) ف : ما يمكن . وكلمة « ما » هنا موصولية .
(١٠) ف : حصل .
(١١) ف : فى معلوم . (١٢) ف : لم يلزمه .
(١٣) ساقط من ف .

المدعى . وليس هـــذا كالضياع والعقار [١٤]وما فى معناهما[١٤] لأن ذلك لا[١٥] يقدر على // [ل ٢١ ب] حمله إلى مجلس القاضى ، فلابد من الاقتصار على الصفة .

91 قال : {وإذا ادعى شيئاً من ذلك وليس بحاضر معه سأل القاضى المدعى عن ذلك وعن جنسه وعن قيمته ، كم هى ، ثم يسأل المدعى عليه بعد ذلك} .

قال الشيخ : وهذا محمول على أن الشىء المدعى هالك ، وادعى المدعى قيمته على المدعى عليه فيكون الأمر على ما قال الخصاف[١] لتحصل الدعوى فى معلوم . وأما إذا لم يكن هالك[٢] فإن القاضى يأمر المدعى عليه بإحضاره [٣]إن كان يمكنه إحضاره[٣] ليقع القضاء عليه إذ كان القضاء لا يجوز على غائب [٤]وبائن عن القاضى[٤] .

92 قال : ولا ينبغى للقاضى أن يجلس للقضاء[١] وهو غضبان ولا ضجر ولا جائع ولا كظ[٢] من الطعام ، أى ممتلىء . ويكون جلوسه عند اعتدال أمره ، ويجعل سمعه وفهمه وقلبه إلى الخصوم } ، لأن[٣] الضجر والجوع والامتلاء من الطعام مما يشغل الخاطر والفهم عن القضاء . { ولا ينبغى للقاضى أن يقضى بين اثنين وخاطره مشغول بغيرهما } لأنه لا يؤمن عليه العدول عن الحق . والأصل فى هذا كله ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال

---

(١٤) ساقط من ف . (١٥) ساقط من ل .

91 (١) فى ج فقط .
(٢) كذا فى ف ، ج . وفى ل : هنالك . والصواب هالكا .
(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ل .

92 (١) ساقط من ف . (٢) ف : كظه : ل : غطيط .
(٣) ف : وذلك لأن .

« لا يقضى القاضى [٤]بين // [ف ٢٠ ب] اثنين[٤] وهو غضبان »[٥] . [٦]وعن شريح أنه كان إذا غضب ترك القضاء وقام . وعن عمر بن عبد العزيز أنه قال لميمون بن مهران حين ولاه القضاء : لا تقض على غضب ولا ضجر وليكن من رأيك الحكم[٧] عن الخصوم واعلم أنه لا خير فى قضاء إلا بفهم ولا خير فى فهم إلا بحكم ولا خير فى حكم إلا بفصل ولا خير فى فصل إلا بعدل .

93 قال الشيخ : أما قوله لا خير فى قضاء إلا بفهم فإن القاضى ينبغى له أن يفهم أولا قول الخصوم ، فإن لم يفهم عنهم فعجل فى القضاء لم يؤمن عليه الخطأ . وقوله : لا خير فى فهم إلا بحكم فلأنه إذا فهم قول الخصوم ولم يكن له علم بالحكم لم ينفعه ذلك الفهم . فلذلك لم يكن فى الفهم خير إلا بحكم . وقوله : ولا خير فى حكم إلا بفصل فلأنه إذا كان عالماً بالحكم ولم يفصل بين الخصوم لم ينفع الخصوم علمه // [ل ٢٢ أ] بالحكم . وقوله لا خير فى فصل إلا بعدل فلأنه إذا فصل بينهما بجور كان عـــدم ذلك القضاء خيراً من وجوده[١] .

94 قال : { ويسوى بينهم فى الإقبال عليهم[١] والنظر فى أمرهم[٢] ، ولا يضحك فى وجه أحدهما ولا يساره ولا يومى إليه [٢]بشىء دون خصمه ، ويسوى بينهما فى الجلوس[٣] . } والأصل فى هذا أنه لا ينبغى له أن يفعل

---

(٤) ساقط من ج .

(٥) بخارى ، أحكام ، ١٣ فى ل ، عوضاً عن . وهو غضبان : وهو شبعان ريان يعنى غير ممتلىء .

(٦) من هنا إلى آخـر فقرة 93 ساقط من ف ، ج ، ولـكنه مثبت فيهما مع بعض التحريف بعد فقرة 110 .

(٧) لعل الصواب : الحلم .

93 (١) من ملاحظة (٦) فقرة 92 إلى هنـــا ساقط من ف ، ج . انظر ملاحظة (٦) أعـلاه .

94 (١) ساقط من ف . (٢) ف : أمورهم .

(٣) ساقط من ف .

بأحدهما فعلا يوجب له الإكرام دون الآخر [٤] ولا يجوز له أن يفعل بأحدهما أيضاً ما يوجب له الإهانة دون الآخر [٤] لأن فى ذلك كسر قلب الآخر وقعوده عن حجته ، وترك [٥] حقه لصاحبه . والقاضى منصوب لايصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم بدلالة [٦] قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ﴾ إلى قوله ﴿ أو تعرضوا ﴾ [٧] . روى عن ابن عباس [٨] أنه قال [٨] : إنها نزلت فى حاكم يحكم بين اثنين فيكون ميله [٨] وغرضه إلى أحدهما دون الآخر ، [٩] فلما كان القاضى مأموراً بالقسط بين الخصمين ، والقسط هو التسوية بينهما بالحق ، لم يجز له الميل الى أحدهما دون الآخر بوجه من الوجوه . ومن جهة السنة ماروى عطاء عن أم سلمة [٩] عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بين الخصوم فى المجلس والإشارة والنظر فلا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر » [١٠] . وعن عمر أنه كتب إلى معاوية : إذا تقدم إليك الخصمان فعليك بالبينة العادلة واليمين القاطعة ، وأدن الضعيف حتى يسند قلبه وينبسط لسانه ، وتعاهد الغريب [١١] فإنك إن لم تعاهده ترك حقه ورجع إلى أهله ، وإنما المضيع لحقه من لم يرفع به رأسه ، وعليك بالصلح بين الناس مالم يستبن لك فصل [١٢] القضاء . وسنبين [١٢] لك وضوح [١٢] هذه المسألة فى باب تسوية الخصوم [١٣] . قال : { ولايمازح الخصوم [١٤] ولا واحدا منهم } من قبل أن المزح يذهب بهيبة القاضى . والقاضى ينبغى أن يكون له هيبة فى نفس الخصوم [١٤] فلا ينبغى له أن يفعل ما [١٥] ينافى هيبته [١٥].

---

(٤) ساقط من ل .
(٥) ف : فيترك .   (٦) ف : والحجة فى ذلك .
(٧) سورة النساء ، ٤ : ١٣٥ . والآية كلها فى ل .
(٨) ساقط من ل .   (٩) ساقط من ل . وفيها فقط : روى .
(١٠) هذا الحديث لم يرد فى ونسنك .
(١١) ف : العزيز .   (١٢) ساقط من ل .
(١٣) مزيد فى ج . على الاستقصاء .
(١٤) ساقط من ل .   (١٥) ف : ينافيه .

95 قال الشيخ (١ أبو بكر أحمد بن على الرازى ١) : حكى ابن سماعة(٢) أن القاضى إذا سلم عليه أحد الخصمين ينبغى أن يقول : وعليكم (٣ ولا يزيد على ذلك شيئاً لأن الجواب يكتفى منه بقوله : وعليكم٣) ، والسلام زيادة فى الجواب فلا ينبغى له أن يفعل ذلك . فقيل له فإذا لاينبغى للخصوم أن يسلموا على القاضى ، فقال : نعم لاينبغى لهم أن يسلموا //[ل ٢٢ ب] عليه (٤) إذا دخلوا عليه للحكم .

96 قال : { وينبغى للكاتب إذا كتب محضرا أن يكتب اسم المدعى واسم أبيه واسم جده وكنيته وصناعته وقبيلته (١ وما يعرف به ١)} وقد (٢مر بيان هذا فيما تقدم ٢) . قال : { فإن كان القاضى لايعرفه ملاه الكاتب ، وكذلك المدعى عليه والشهود ، إلا أنه يكتب مواضع منازلهم — يعنى الشهود — ومحالهم ومصلياتهم (٥ ويخرج أسماء الشهود وحلاتهم (٣) ومنازلهم فى رقعة وسرها (٤) فى رأس المحضر للمسئلة عنهم ٥) إن كان القاضى لا يعرفهم (٦وإن كان يعرفهم٦) لم يحتج إلى ذلك} . وانما قال : يكتب//[ف ٢١ أ]محالهم(٧) ومنازلهم ومصلياتهم (٨) ولم يقل ذلك فى المدعى والمدعى عليه لأن الشهود يحتاج القاضى أن يعرفهم حتى يعدلهم ويسأل عن حالهم (٩ جيرانهم وأهل محالهم والعارفين بهم ٩) ، وليس هذا المعنى موجوداً فى المدعى ولا فى المدعى

---

95 (١) ساقط من ف . (٢) ل : ابن شجاع .
(٣) ساقط من ف . (٤) ف : على القاضى .

96 (١) ل : يعرفه . (٢) ف : بينا وجه هذا فيما سلف .
(٣) لعله أراد جمع حلية أى هيئة .
(٤) كذا فى الأصل ، ولعلها : يبرزها .
(٥) ساقط من ف . (٦) ساقط من ف .
(٧) ف : عال الشهود . (٨) ساقط من ف .
(٩) ف : الجيران والمعارف لهم .

عليه [١٠] فلذلك افترقا [١٠]، وإن كان الشهود شهدوا على صك أو سجل أو وصية [١١] أو وكالة فى كتاب، نسخ الكاتب ذلك الكتاب فى المحضر، [١٢] لأنه لابد له من أن يبين ذلك الصك فى المحضر [١٢].

97 [١] قال: [وإن كان المحضر [١] لامرأة وأراد أن يحليها فإنه ينبغى له أن يترك مواضع الحلية حتى يصير إلى القاضى، فيكون القاضى هو الذى يحليها لأن نظر القاضى إلى وجهها دون الكاتب استر من نظرهما [٢] جميعاً إليها إذ [٣] كان القاضى لابد له [٣] من النظر إليها فى الأحوال كلها] لأن القضاء لا يصح على غائب أو مباين [٤] عنه. فلذلك قيل: ينبغى أن يقتصر القاضى على نظر نفسه [٥] فى محضر [٥] المرأة. قال [٦]: [ولا يبرزها الكاتب، وينظر القاضى إلى وجهها ويحليها]. وعلى الكاتب ذلك إن كانت مدعية أو مدعى عليها أو شاهدة فلابد من حليتها. قال: [فإن رأى القاضى [٧] أن يقلد [٧] ذلك الكاتب ـ فيكون الكاتب هو الذى يحليها، فإذا قرىء المحضر على القاضى نظر القاضى إلى وجهها [٨] وإلى حليتها فعارض [٩] ما كتب الكاتب ــ فعل ذلك]، لأن الكاتب أيضاً لا يكون إلا [١٠] أميناً، فلابأس [١١] بأن ينظر [١١] إليها عند الحاجة. إلا أنه ينبغى للقاضى أن يفعل فى [١٢]

---

(١٠) ساقط من ل.
(١١) ل: قضية.
(١٢) ساقط من ل.

97 (١) ساقط من ل.
(٢) ل: انظرها.
(٣) ل: القاضى له بد.
(٤) ل: سائر.
(٥) ل: وبحضر.
(٦) ساقط من ل.
(٧) ف: قلد.
(٨) ف: وجه المرأة.
(٩) ف: يعارض به.
(١٠) ساقط من ل.
(١١) ف: فى النظر. ج: بالنظر.
(١٢) ساقط من ل.

ذلك ماهو أحوط وأسترلها (١٤) وهذا إذا كانت المرأة شابة أو مليحة فأما إذا كانت عجوزاً (١٣) وحشة فلا بأس بالنظر فى جميع الأحوال // [ل ٢٣ أ] إلى وجهها (١٤) .

98 قال : { وإذا حضر القاضى قوم غرباء فخاصموا إليه أحداً من أهل المصر أو غريباً (١) فطالب بعضهم بعضاً ، أوكان إنسان (٢) من أهل المصر يطالب غريباً ، فإنه ينبغى للقاضى أن يقدمهم ويسمع منهم (٣) ويجعلهم فى أول مجلسه إلا أن يكونوا كثيرين (٤) يشغلونه عن رقاع الناس فيجعل (٥) لهم وقتاً من الأوقات (٦) ولايحبسهم عن سفرهم إلابحق يثبت (٦) ، أو تكون خصومتهم تطول فيكونوا (٧) أسوة أهل المصر فى التقدم } . والأصل فى هذا كله أنه لاينبغى للقاضى أن يضر بالخصوم ، والغرباء يكون فى تأخرهم ضرر لأنهم ينقطعون عن سفرهم (٨) وأهل المصر ليس عليهم ضرر فى ذلك ، فلاينبغى للقاضى أن يضر بالغرباء ، وأما إذا كثروا حتى لم يتفرغ القاضى إلى أهل المصر لم ينبغ له أن يقدم الغرباء لأن ذلك ضرر (٩) على أهل المصر ، وليس له أن يضر بهم .

99 قال : { ولابأس أن يشهد القاضى الجنازة ويعود المريض ويجيب الدعوة إذا كانت دعوة عامة لجماعة . وإذا كانت خاصة لم يفعل ذلك إلا أن يكون

---

(١٣) كذا فى الأصل ، والصواب : عجوزا .
(١٤) ساقط من ف .

98 (١) ف : غرباء . (٢) ف : أحد .
(٣) ج : كلامهم . (٤) ف : كثيراً .
(٥) ف : لجعل .
(٦) ل : ولا يجلسهم عن سفرتهم إلا الحق يثبت .
(٧) كذا فى ل ، والصواب : يكونون ، وفى ف ، ج : فيفرقوا .
(٨) ف : الطريق . (٩) كذا فى الأصل ، والصواب : ضررا .

الداعى له قرابة وليس بخصم { . أما شهادته[١] // [ف ١ ، ب] الجنازة وعيادته المريض وإجابة الدعوة فلأن النبى صلى الله عليه وسلم فعل ذلك كله وكان أفضل القضاة . وأما الفرق بين الدعوة الخاصة والعامة فلأن الخاصة تجرى مجرى الرشوة لأنه مخصوص بها من بين[٢] سائر الناس ، فلا تجوز إجابته إلا لقريب[٣] ، كالهدية لا يجوز له قبولها إلا من ذى قرابة . وأما العامة [٤]فلأن المعنى الذى ذكرناه[٤] . معدوم فيها فلذلك جاز له إجابتها .

100 قال الشيخ . وهذا إذا لم يكن الداعى خصما[١] ، فأما إذا كان خصما فلا يجوز إجابته ، خاصة كانت أو عامة ، قريباً كان منه أو أجنبياً ، لأن [٢]هذا ميل إلى أحدهما[٢] .

101 [١]باب القاضى يجلس معه غيره[١]

[٢]قال : { ويجوز أن يكون مع القاضى قوم جلوس فى مجلس الحكم لما[٢] روى عبد الله[٣] بن سعد ، قال : رأيت عثمان بن عفان جالساً[٤] فى المسجد فإذا جاءه خصمان قال لهذا : ادع لى علياً ، وقال للآخر : ادع[٥] لى طلحة والزبير وناساً[٦] من أصحاب محمد عليه السلام . فإذا جاءوا وجلسوا قال لهما[٧] { يعنى الخصمين { : تكلما فإذا تكلما أقبل عليهم { يعنى على أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، { فيقول : ماذا //[ل ٢٣ب] تقولون ؟ فإن قالوا ما يوافق قوله أمضاه عليهما { ، يعنى القضاء

---

99 (١) ف : حضور . (٢) ساقط من ف .
(٣) ف : من قريب . (٤) ف : فهذا .

100 (١) مزيد فى ل : أجنبياً ؟
(٢) ف : فى هذا ميلا إلى أحد الخصمين دون الآخر وليس له أن يفعله .

101 (١) هذا التبويب فى ف و ج وليس فى ل .
(٢) ساقط من ف . (٣) ف : روى حديث عبد الرحمن .
(٤) ساقط من ل . (٥) ساقط من ل .
(٦) هذه الكلمة غير واضحة فى ل .
(٧) ل : لهم .

على الخصمين(٨)،} وإلا نظر هو بعد فيقومان وقد سلما } ، يعنى إذا لم يوافق رأيه رأيهم(٩) نظر عثمان وقام على عليه السلام وطلحة ومن معه(١٠) من جلسائه وسلما له الاجتهاد والنظر فى الحكم بعد ما قد أظهرا له ما كان عندهما .

102 (١فقال الشيخ رحمة الله عليه١) : يجوز أن يكون المراد به : وقد سلما(٢) من التقليد ـ بأن يقلدهما فى الحكم ، فإذا نظر هو فى الحكم ولم يقلدهما سلماها (٣من حكم القضاء لو قلدهما٣) {(٤وروى عن٤) إسماعيل بن أبى خالد قال : رأيت شريحاً يقضى وعنده أبو عمرو الشيبانى ومشائخ(٥) نحوه يجالسونه على القضاء . وروى عن جماعة من السلف أنهم كانوا يحضرون الفقهاء وأهل العلم ثم(٦) يقضون بحضرتهم } . (٧قال الشيخ رحمه الله٧) : وروى عن عمر أنه كان يقضى بحضرة الصحابة وبمشورته إياهم فكان يقول : رحم الله امرء(٨) يهدى الينا من يشاورنا(٩) . وروى أن رجلا قام اليه يوماً فقال : اتق الله ياأمير المؤمنين ، فصاح عليه واحد من الصحابة(١٠) ، فقال عمر : اسكت ، يعنى لهذا الصائح ، لاخير فيهم ان لم يقولوا لنا ولاخير فينا ان لم نقبل منهم (١١وسنرد على قائلها . قال الشيخ رحمه الله١١) . وروى عن فضالة بن عبيد أنه قعد للقضاء (١٢فأتى اليه رجل١٢) فقال : ان فلاناً قد نتف لحيتى ، // [ف ٢٢ أ] فقال مر أنت أيضاً فانتف لحيته . قال : فإن ذلك لا (١٣يفى بلحيتى١٣) .

---

(٨) ل : الحكمين .

(٩) ف : لرأيهم .

(١٠) ل ، معهما .

102 (١) ساقط من ل . ولعل الشيخ هذا هو مدرس الشرح . انظر فقرة 50 .

(٢) ف : سلما به .

(٣) فى حكم القضاء ألف قلدها .

(٤) ف : وعن .

(٥) ف : وأشياخ .

(٦) ساقط من ف .

(٧) ساقط من ف .

(٨) ف : من .

(٩) ل : مساوينا .

(١٠) ف : أصحابه .

(١١) ساقط من ل .

(١٢) ف : فأتى اليه رجل .

(١٣) ف : يرتع لحيتى . ج : يرفع لحيتى .

قال له : نخذ من[١٤] شعر حاجبه . فقال له رجل[١٤] من جلسائه : أرأيت لو جنى رجل جناية أ كنت تأخذ بها جاره ؟ قال : فقال فضالة : فلهـذا أقول احضرونا .

103 باب ما الأمير[١] أن يفعله دون القاضى

ذكر[٢] حديثَ { معمر[٣] عن أيوّب[٣] عن محمد بن سيرين قال : كانوا يرون للأمير[٤] أن يباعد منه الخصوم فى وقت ويدنيهم فى وقت ،والقاضى ليس له ذلك ، إنما يقضى بالعدل فى حقوق الناس ولا يؤثر أحداً على أحد فى مجلسه إذا قضى بين الناس } وحديث[٥] { الحسن عن على ، رضى الله عنه ، قال : نزل به ضيف فسأله عن شىء ، فقال له : ألك خصم ، قال : نعم ، قال : فتحول فإنى سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول « لاتضيفوا الخصم إلا مع الخصم »[٦] } .

104. قال الشيخ : وإنما //[ل ٢٤ أ] [١] كان للأمير[١] أن يفعل ذلك لأن الخصوم لم يدخلوا عليه للفصل[٢] بينهم فى الخصومة ، وإنما دخلوا عليه للسلام[٣] . فأما إذا دخلوا عليه لقطع الخصومة فهو والقاضى سواء فى لزوم[٤] التسوية بين الخصوم .

---

(١٤) ساقط من ل .

103 (١) ف : للأمين . (٢) ف : روى .
(٣) ساقط من ف . (٤) ف : للأمين .
(٥) ل : وحدثنا . (٦) هذا الحديث لم يرد فى ولسنك .

104 (١) ف : جاز للأمين . (٢) ف : ليفصل .
(٣) ف : للتسليم . (٤) ف : لزومه .

105. قال : { وقال أبو حنيفة : لا بأس أن يجلس القاضي ومعه من يثق بدينه وأمانته وفهمه وعلمه[1] إذا كان في مجلس الحكم أو قريباً منه[2] حيث يسمعون[2] كلامه وكلام الخصوم } لأنه يخاف[3] عليهم تلقين الخصوم ، وإذا كانوا عدولا أمناء فلا بأس بجلوسهم قريباً منه . قال : { ولا ينبغي أن يشاورهم بحضرة من الخصوم في شيء مما يقدم[4] إليه فيه كي لا يعرف الخصوم ما يدور بين القاضي وبين مشاوره[5] وما يقوم[6] عليه رأيه فيما[7] يريد أن يحكم به } لأنه لا يأمن عليهم الحيلة إذا وقفوا[8] على رأي القاضي . فلذلك لم ينبغ للقاضي أن يسمع الخصوم ما اتفق عليه رأيه ألا ترى أنه لا يجوز له أن يفتي لهذه[9] العلة ؟ فكذلك هذا . قال : { وإذا أراد القاضي مشاورة جلسائه في المجلس شاورهم بعد قيام الخصوم } لما بينا . قال : { وإن كره القاضي أن يجلس معه أحدا جلس هو وحده إذا كان عالما بالقضاء ، وإن كان غير عالم فأولى الأشياء به مناظرة الفقهاء في أمره وما يرد عليه } .

106 قال الشيخ : وهذا إذا خشي القاضي على نفسه الحصر ، فأما إذا لم يخش ذلك فالأولى جلوس الفقهاء عنده لأنه أحوط للقضاء[1] ألا ترى أنه إذا أخطأ فيه أو اشتبه عليه الأمر ذكروه وأنبهوه ؟[1]

---

105 (١) في ج فقط .
(٢) ف : حتى يسمعون . وفي ج : حتى يسمعوا .
(٣) ل : يخالف .
(٤) ف : يتقدم به .
(٥) ف : تشاوره .
(٦) ل : تقدم .
(٧) ف وما .
(٨) ف : وقعوا .
(٩) ل : بهذه .

106 (١) ف : وقد بينا ذلك فيما تقدم .

107 باب(١) مشاورة القاضى

// [ف ٢٢ ب] قال(٢) : { وينبغى للقاضى أن يستشير أهـــل العلم فيما يجرى من الأحكام لقوله تعالى ﴿ وشاورهم فى الأمر ﴾(٣) ، °ولقوله تعالى ﴿ وأمرهم شـورى بينهم ﴾(٤) . ومن جهة السنة ما روى معمر عن الزهرى° عن أبى هريرة قال : ما رأيت أحدا أكثر مشاورة من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأصحابه(٦) . وعن الحسن البصرى أنه قال فى قوله تعـالى ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ والله(٧) ما شاور قوم قط إلا وفقهم الله تعالى لأفضل ما يحضرهم ، يعنى ما فى اجتهادهم من الحكم(٨) . وعن الحسن أنه قال : كانوا يقولون ما حزب قوما قط أمرفاجتمعوا وتشاوروا ثم تفرقوا عن مشورة إلا وفقهم الله لأصوب ذلك وأرشده } . وهـذا لا يجوز أن يقوله الحسن من جهة الاجتهاد والرأى ، وإنمـا قاله توقيفا لأنه أخبر بعلم الغيب الذى لا يطلع عليه إلا البارى سبحانه وتعالى ، فلا يصـل إلى معرفته إلا من جهته . {وعن سفيان الثورى قال : قال زياد : الرجال ثلاثة : رجل ، ونصف رجل ، ولا شىء . فأما الرجل فهو الذى له رأى ولا يحتاج إلى رأى غيره ، ونصف الرجل هو الذى لا رأى له وإذا حزبه أمر [شاور(٩)] ذوى الرأى، ولا شىء الرجل الذى لا رأى له ولا يشاور } أما الذى له رأى ولا يحتاج إلى غيره فإنمـا كان كاملا لأنه مستغن عن رأى غيره وإن كان مندوبا إلى

---

107 (١) ف : باب فى . (٢) ساقط من ل .
(٣) سورة آل عمران ٣ : ١٥٩ .
(٤) سورة الشورى ، ٤٢ : ٣٨ .
(٥) ساقط من ل . (٦) ف : لأصحابه منه .
(٧) ف : إنه قال . (٨) من هنا إلى آخر 107 ساقط من ل .
(٩) فى ف : تشاور ، ولعل الصواب : شاور .

أن يستشير أصحابه ، كالنبي صلى الله عليه وسلم كان يستشير أصحابه ، إلا أنه لما كان مستغنيا عن أصحابه[١٠] فيما كان يجرى بينهم من الأحكام كان أكمل الناس ، وكذلك بعد النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه[١١] . وأما نصف الرجل فإنما جعل المستشير الذى ليس له رأى لأنه إذا كان الكامل هو المستغنى عن الناس فى الاجتهاد والرأى فالمحتاج إليهم[١٢] إذا استشارهم كانت مرتبته دون مرتبة الكامل وإن كان عاقلا مستشيرا . وأما الذى لا يستشير ولا رأى له فهو الأحمق الجاهل لأنه لا يدرى ولا يسأل ، فهو الجاهل الكامل ، لا يعد من الرجال[١٣] .

108 قال[١] الخصاف رحمة الله عليه[١] : { إذا ورد على القاضى حكم من الأحكام نظر فى ذلك ، فإن كان مما نزل به القرآن[٢] أو جاءت به السنة فلا حاجة به إلى المشاورة [٤] وإن كان شيء لم يأت فى القرآن[٣] ولا فى السنة واحتاج فيه إلى[٤] مشاورة أهل العلم فينبغى ألا يعجل فى ذلك بحكم[٥] حتى يشاور // [ل ٢٤ ب] من يثق برأيه وعلمه ودينه . فإذا اتفقوا على شيء أمضاه . [٦] وإن شاور فى ذلك رجلا واحدا [٥] // [ف ٢٣ أ] أجزاه } لأن المشاورة ليست فرضا واجبا عليه حتى لا يجوز له إنفاذ القضاء إلا بها ، وإنما هى مندوب إليها [٧] ندب الله تعالى النبي صلى الله عليه وسلم إلى ذلك[٧] . فإذا

---

(١٠) كذا فى ج . وفى ف : أصحابهم .
(١١) ساقط من ج . (١٢) ساقط من ج .
(١٣) من ملاحظة (٨) إلى هنا ساقط من ل .

108 (١) ساقط من ل . (٢) فى ف : الكتاب .
(٣) ف : الكتاب . (٤) ساقط من ج .
(٥) ساقط من ف . (٦) ل : وإن شاوره رجلا واحداً فى ذلك .
(٧) ف : كما ندب الله تعالى نبيه عليه السلام إليها .

كان كذلك نظر فإن كان القاضى عالمـا بالحكم جاز [٨]قضاؤه ، استشار فيه القوم أو لم يستشر ، إلا أن المشاورة أحسن . وان كان جاهلا[٨] بالحكم لم[٩] ينبغ له أن يدخل فى الحكم . وان دخـــل فيه لم ينبغ له أن ينفذه[١٠] الا بمشاورة أهل العلم .

109. [١]باب فى فصل الخطاب[١]

[٢]قال : { واختلف فى قوله [تعالى] ﴿ وفصل الخطاب ﴾[٢] . فقال الحسن : هو العلم بالقضاء ، أى أعطاه الله جل وعلا العلم بالقضاء . وقال شريح : هو الشهود والايمان ، أى أعطاه الله تعالى حكم المدعى عليه بالبينة واليمين فيفصل بينهما بذلك . وقال الشعبى عن زياد ، يعنى ابن أبيه[٣] ، أنه قال : هو قوله : أما بعد ، فى المكاتبات } . وهو[٤] محتمل لأنه يجوز أن يكون هذا لم يكن قبل داود عليه السلام ، ثم أعطاه الله تعالى هذا التفصيل بين الدعاء وبين الخطاب بقوله: أما بعد. { وقال عبد الرحمن السلمى: فصل الخطاب الخصوم يعنى فصل[٥] الخصومة بينهم[٦] . قال أبو عبد الرحمن : إن داود عليه السلام لمـا أمر بالقضاء قطع به ، يعنى لم يكن يعلم[٧] الفصل بينهما بالحق. قال : فأمر أن يسألهم الشهود وأمره أن يحلفهم باسمه جل وعلا ، يعنى بالوحى [٨]وقال : فصل الخطاب يعنى قطع الخصومة بالحق[٨]. } وهذا كله جائز ، قريب

---

(٨) ساقط من ل . (٩) ساقط من ف .
(١٠) ف : يتقدم .

109 (١) هذا التبويب فى ف ، ج ، وليس فى ل .
(٢) ف : اختلاف الناس فيه ، انظر سورة ص ، ٣٨ — ٢٠ .
(٣) تورد ل هنا هـذه الملاحظة للجصاص . قال الشيخ : هو زياد بن أمه لأنه ليس له نسب معروف من أبيه .
(٤) ف : وهذا أيضاً .
(٥) ف : قطع . (٦) ل : بينهما .
(٧) ل : يعلى . (٨) ساقط من ل .

بعضه من بعض . وأمّا قوله : الحكمة ، فروى عن مجاهد فى قوله ﴿ يؤتى الحكمة من يشاء ﴾(٩) ، (١٠أنه العلم والقرآن والفقه ولم يرد به النبوة١٠) . وكذلك قوله تعالى ﴿ وآتيناه الحكمة ﴾(١١) المراد به ، والله أعلم ، هو هذا إذا كانت هذه المعانى كلها حكمة(١٢) .

110. (١باب خمس خصال١)

[(٢عن عمر٢) بن عبد العزيز أنه قال : خمس خصال(٣) إذا أخطأت الحاكم منهن خصلة كانت فيه وصمة(٤) ، أن يكون فهيماً ، وأن يكون حليما ، وأن يكون عفيفاً ، وأن يكون صائنا ، وأن يكون عالما سؤولا // [ف٢٣ب] عن العلم] . أما الفهم فلأنه إذا عدم منه لم(٥) يقدر على إنفاذ (٦أمر نفسه فكيف أمر غيره فى الحكم٦) . وأما // [ل ٢٥ أ] الحلم فلأنه إذا ضجر (٧كان منهيا٧) عن إنفاذ القضاء معه ، فلذلك ينبغى أن يكون حليما . وأما العفة فى الفرج والنظر إلى ما حرم الله تعالى فلأن ذلك يوجب التفسيق ، والفاسق لا يجوز قضاؤه . وأما الصيانة عن أموال الناس فلأنه منهى عن أخذ الرشى والهدايا فلا ينبغى له أن يدخل(٨) فيه . وأما كونه عالما فلأن الإنسان(٩) ، وإن كان له فهم ، فإنه(١٠) إذا لم يكن له علم بالأصول لم يسعه إنفاذ القضاء

---

(٩) سورة البقرة ، ٢ : ٢٦٩ .
(١٠) ف : ليست النبوة ولكنه العلم والقرآن والفقه .
(١١) سورة ص ، ٣٨ : ٢٠ .
(١٢) ساقط من ل .

110 (١) هذا التبويب فى ف ، ج ، وليس فى ل .
(٢) ساقط من ل : (٣) ساقط من ل .
(٤) مزيد فى ل هنا : أى عيب .
(٥) ف : لا . (٦) ساقط من ف .
(٧) ف : قد نهى . (٨) ل : يدخله .
(٩) ف : الناس . (١٠) ساقط من ف .

بفهمه ، لأنه لا[١١] يأمن أن يقضى فى شىء برأيه واجتهاده مع وجود النص ، فلا بد له من العلم مع وجود الفهم[١٢] .

111. باب فى رزق القاضى

قال : { ويجوز للقاضى أن يرتزق ما يكفيه من بيت المال[١] } [٢]وذلك لقوله تعالى فى آية الصدقات[٢] ﴿ والعاملين عليها ﴾[٣] فجعل للعاملين قسطاً منها لأنهم قاموا بأخذ الصدقات .[٤]فهذا أصل فى أن كل من قام بأمر يعود نفعه إلى الناس كافة كان نفقته على بيت مال المسلمين . ومن جهة السنة ما روى أبو بكر بن عبد الله بن أبى بكرة عن إسماعيل عن أبيه عن الزهرى[٤] قال : رزق رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد حين استعمله على مكة[٥] أربعين أوقية فى السنة . ولم يبين فى الخبر أنها كانت فضة أو ذهبا .[٦] وروى الزهرى عن السائب بن يزيد عن حويطب بن عبد العزى[٦] عن عبد الله بن السعدى[٧] قال: استعملنى عمر بن الخطاب فأبيت أن آخذ العمالة ، فقال لى[٨] :

---

(١١) ف : ليس .

(١٢) يتبع هذه الفقرة فى ف ، ج « باب ما جاء فى القضاء فى حال الضجر » . ولكن مادة هذا الباب وردت سابقاً فى فقرتى 92 ، 93 . راجع ملاحظة (٦) من فقرة 92 .

111 (١) ف : مال المسلمين . (٢) ل : بقوله .

(٣) سورة التوبة ، ٩ : ٦٠ .

(٤) ل : وهذا شىء يعود نفعه إلى الكافة على المعطين والمعطى لهم ، وكذلك القاضى وعن الزهرى .

(٥) ج : القضاء : وفى ف كلمة غير واضحة ولعلها : يصل .

(٦) ساقط من ل . ف ، ج تثبتان اسم حويطب هكذا : خويطب بن عبد العزيز .

(٧) لم أعثر على هذا الاسم ، ولعله عبد الله بن الأرقم الزهرى أو عبد الله بن قيس الأشعرى (أبو موسى) فى ج : الشعرى .

(٨) ل : له .

خذها ، فإني فعلت ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فعمّلني فأبيته فقال عليه السلام « من أتاه من هذا المال شيء[٩] من غير [١٠] أسر نفسي[١٠] ولا مسألة فليقبله ولا تتبعنه [؟] نفسه[١١] » . [١٢] ففي هذين الخبرين دلالة على جواز رزق القاضي[١٢] . [١٣] وروى أن عمر بن الخطاب[١٣] رضي الله عنه كتب إلى معاذ بن جبل وأبي عبيدة إلى الشام : أن انظروا رجالا من أهل العلم من الصالحين قبلكم فاستعملوهم على القضاء ووسعوا عليهم في الرزق . وعن علي رضي الله عنه أنه رزق شريحا خمسمائة درهم في الشهر . وعن ابن سيرين أن عمر بن الخطاب رزق أبا موسى ستة [١٤]آلاف ألف[١٤] درهم وهو على البصرة وأعطى عثمان بن أبي العاص رزقا[١٥] بالمدينة في عمالته وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من استعملناه منكم على عمل فمن لم يكن له زوجة[١٦] فليتزوج // [ل ٢٥ ب] ومن لم يكن له خادم فليتخذ خادماً ومن لم يكن له مسكن[١٧] فليتخذ مسكناً »[١٨] . وقد روى أن أبا بكر لما ولي[١٩] أخذ شيئاً من بيته[٢٠] ليبيعه وينفق على عياله ، فلقيه عمر[٢١] [٢٢] فاستخبره على ذلك فأخبره وقال : إنكم قد أرزقتموني رزقاً لا يكفيني . فقال : نزيدك . فقال أبو بكر إنما أنت رجل واحد من قريش . فكانا في ذلك الى أن ورد عليهما عليّ رضي الله عنه ، الى أن زاداه في الرزق وجعلا له[٢٢] كل يوم درهما

---

(٩) ساقط من ف .
(١٠) كذا في ج . في ل : إسراف نفسي . وفي ف . أسر أنفس .
(١١) هذا الحديث لم يرد في ولسنك .
(١٢) ساقط من ل . (١٣) ف : وعن عمر .
(١٤) كذا في ف . في ل : ألف وفي ج : آلاف ألف .
(١٥) ف : أرضا . (١٦) ف : امرأة .
(١٧) ف ، ل : مسكنا . (١٨) قابل أبا داود ، إمارة ، ١٠ .
(١٩) ل : رى . (٢٠) ف : منزله .
(٢١) في ف بياض . وفي ج : على .
(٢٢) ف : أو بعض الصحابة فاستخبره عن ذلك ، فرده واستشار الصحابة حتى قطعوا له .

ونصفا أو درهما وأربعة دوانيق . // [ف ٢٤ ب] كذا حكى الشيخ رحمه الله وقال: لأن الدراهم كانت عزيزة عندهم الى أن فتح الله عليهم الدنيا .[٢٣] وخطب بذلك أبو بكر فأعلم الناس فيه من غير نكير من أحد عليه فصار ذلك إجماعا منهم . وقد روى أن عبد الله بن مسعود كان يأخذ الرزق حيث كان يلى قضاء الكوفة[٢٣] . [٢٤] قال رحمه الله : وهذا عندنا على وجه الكفاية لا على وجه الأجرة كالسعاة على الصدقات ، لأن الأجرة لا يجوز أخذها على شيء من الطاعات ، كما لا يجوز أخذها على تعليم الإيمان بالله تعالى وتعليم الصلاة . وقد بينا وجه هذه المسئلة فى غير موضع فأغنى عن إعادتها هاهنا[٢٤] .

112 باب الرشوة فى الحكم والهدايا إلى العمال والأمراء والرشوة لهم وغيرهم

قال [١] : {ولا يجوز للقاضى أن يرتشى على الحكم ولا غيره ، فإن ارتشى كان[٢] بذلك معزولا عن الحكم ولم يجز[٢] قضاؤه بعد ذلك حتى يتوب. فإذا تاب جاز قضاؤه ولا يحتاج إلى استئناف التولية [٣].} وهذه رواية عن أصحابنا جميعاً [٤] رواها الشيخ رحمه الله عنهم [٤] . قال[٥] : {ولا يجوز للمقضى له ولا للمقضى عليه أن يرشوه على الحكم [٦] وأما على غير الحكم وفى الحكم إذا خافوا الظلم جاز لهم أن يرشوه ليتوصلوا به إلى حقوقهم[٦]. وأما الهدية فلا يجوز له قبولها من خصم سواء كان قريباً منه أو غير قريب. [٧] وإذا كان غير خصم ، فإن كان قريباً جاز قبولها ، وإن كان غير قريب منه[٧]. فإن كان رجلا من عادته أن [٨] يهدى له [٨]

---

(٢٣) ساقط من ف .
(٢٤) ساقط من ل .

112 (١) ساقط من ف .
(٢) ف ، ج : معزولا ولا يجوز .
(٣) ف : التوبة .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ف .
(٦) ساقط من ف .
(٧) ساقط من ل .
(٨) ف : يهديه .

قبل الولاية جاز له قبولها منه فى غير حالة الخصومة ، وإن كان رجلا لم يعتد ذلك منه[٩] لم يلبغ له أن يقبلها } . هذا جملة مايجرى[١٠] عليه مسائل هذا الباب. وأما الرشوة على الحكم[١١] فلا يجوز[١١] للراشى وللمرتشى أخذها[١٢]، [١٤] لقوله تعالى ﴿ ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[١٣] وهذا هو أكل مال الغير بالباطل[١٤] . وقوله تعالى ﴿ لولا ينهاهم الربانيون والأحبار عن قولهم الإثم وأكلهم السحت ﴾[١٥] . رُوى فى التفسير أن السحت هو الرشوة ، وروى أنه الهدية، فهو على الأمرين جميعاً عندنا .[١٦] ومن جهة السنة ما روى أبو سلمة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لعن الله الراشى والمرتشى والذى يمشى بينهما » وعن ابن عمر قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم // [ل ٢٦ أ] الراشى والمرتشى . وعن هشام بن عروة عن أبيه[١٦] ، عن أبى حميد الساعدى أن النبى عليه السلام استعمل ابن الأتبية[١٧] على صدقات بنى سليم فلما جاء قال :هذا لكم وهذا أهدى الىّ . فقام النبى صلى الله عليه وسلم[١٨] وخطب الناس[١٨] فحمد الله وأثنى عليه فقال : ما بال رجال نوليهم أموراً مما ولانا الله تعالى فيجىء أحدهم // [ف ٢٥ أ] فيقول: هذا لكم وهذا أهدى إلىّ ، أفلا يجلس فى بيت

---

(٩) ساقط من ف .
(١٠) غير واضح فى ل .
(١١) ساقط من ف .
(١٢) ساقط من ف .
(١٣) سورة النساء ، ٤ : ٢٩ .
(١٤) ساقط من ل .
(١٥) سورة المائدة ، ٥ : ٦٣ .
(١٦) ل : وعن أبى هريرة قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى فى الحكم ، وعن ثوبان قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى والماشى بينهما . انظر أبا داود ، أقضية ، ٤ ، حيث راوى الحديث هو ابن عمرو . حديث ابن عمر ساقط من ج .
(١٧) ل اللتبية . وفى ف ، ج : السه . ولكن انظر بخارى ، هبة ، ١٧ ، حيث الصيغة المثبتة أعلاه .
(١٨) ساقط من ل .

أبيه وأمه حتى تأتيه هديته إن كان صادقاً »[١٩] فهذا يدل على حظر الرشوة والهدية على الحكم . وأما حظرها من جهة السلف فلما روى عن على وعمر وعبد الله وغيرهم من الصحابة .

113 وأما ما روى عن على فرواه عنه عبد الله بن حمزة الباهلى[١] قال : قال لى علىّ عليه السلام : الرشوة فى الحكم من السحت . وروى عن معاذ بن العلاء عن أبيه عن جده قال : خطب على رضى الله عنه وبيده قارورة فقال : وما أصبت بها ، يعنى بالولاية ، منذ دخلتها إلا هذه القارورة أهداها إلى دهقان . وروى علىّ بن ربيعة عن علىّ عليه السلام أنه استعمل رجلا من بنى أسد يقال له ضبيعة[٢] بن زهير ، فلما جاء قال : ياأمير المؤمنين ، من أهدى إلىّ فى عملى شيئاً وأتيتك به . فإن كانت حلالا أكلتها وإلا فقد أتيتك بها ، فقبضها على عليه السلام وقال . لو حبستها كانت غلولا . ففى هذا دلالة على أن أكل ما يأخذه الوالى فى حال ولايته من الهدية وغيرها يكون محظوراً عليه .

114 وأما ما روى عن عمر فروى الأعمش عن خيثمة[١] قال : قال عمر : بابان من السحت يأكلهما الناس ، الرشى ومهر الزانية . وروى يحيى بن سعيد عن عمر أنه كتب إلى أهل العراق : فإن لنا هدايا دهاقيننا ، أى ما يُهدى للولاة يكون فيئاً لبيت مال المسلمين ولا يكون للولاة منها شىء . وعن سفيان قال : قدم معاذ من اليمن برقيق فى زمن أبى بكر رضى الله عنه فقال عمر : ادفعهم إلى أبى بكر . فقال معاذ : ولم أدفعهم إليه وهم رقيقى ؟ فانصرف إلى منزله ولم يدفعهم إليه ، فنام ليلته ثم أصبح من الغد ، دفعهم إلى أبى بكر ، فقال له عمر : ما بدا لك؟

---

(١٩) بخارى ، هبة ، ١٧ . ومن هنا إلى آخر فقرة 116 ساقط من ل .

113 (١) ف ، ج السلولى . ولعله تحريف . انظر لسان الميزان ، ج٢ ، ص ٣٠٨ .
(٢) ج : ضليعة . وفى ف غير معجمة .

114 (١) ج : خيثمة .

قال: رأيت فيما يرى النائم كأنى أرى ناراً أهوى فيها فأخذت تحجزنى فمنعتنى من دخولها ، فظننت أنى علمت أنهم الرقيق . فقال أبو بكر : هم لك . فلما انصرف إلى أهله قام يصلى فرآهم يصلون خلفه فقال : لمن تصلون ؟ فقالوا لله. فقال اذهبوا فأنتم لله ؛ أى أنتم أحرار لوجه الله ، فقد اتفق أبو بكر وعمر ومعاذ فى هذا الحديث على حظر قبول الهدية للقاضى . وأما جعل أبى بكر إياهم لمعاذ فلأن للإمام أن يجعل من بيت المال مالا لواحد يرى استحقاقه // [ف ٢٥ ب] فلما جعل الرقيق لبيت المال جاز أن يجعلهم لمعاذ .

115 وأما ما روى عن عبدالله [١] بن عباس [١] فروى علقمة ومسروق عنه أنهما سألاه عن السحت ، فقالا : هو الرشوة . فقال : فى الحكم ؟ قال : ذاك الكفر ، إن الرشوة فى غير الحكم سحت وفى الحكم كفر . فهذا يدل على أنه يرى استجلالها [٢] فى الحكم . فأما إذا لم ير استجلالها لم يكفر بذلك وإن كانت معصية . وروى أبو الأحوص عن عبدالله قال : قال : الرشوة فى الحكم كفر والسحت أن يهدى الرجل إلى الرجل الهدية كيما يعينه على حاجته عند السلطان وهذا محمول عندنا على أنه لا يخاف الراشى من الظلم فيكون منهياً عنه . وأما المرتشى فلا يحل له أخذها . وأما قوله : فى حال الحكم يكون كفراً ، فمحمول على ما بينا من الاستجلال . وقوله عليه السلام فى السحت محمول على أنه لم يرده استجلالها اياها [٣] ، فلهذا لم يحكم عليه بالكفر . وقد روى عنه مسروق أنه قال : القاضى إذا أخذ الهدية فقد أكل السحت وإذا أخذ الرشوة فقد بلغت به الكفر .

---

115 (١) ساقط من ف .

(٢) ع : استحلالها . والصواب : استجلالها ، أى إنه يراها من جلائل الأمور .

(٣) المعنى مضطرب هنا .

116 وروى أن الأصبهذ[١] أهدى إلى عبد الحميد أربعين ألفاً أو أقل فكتب إلى عمر بن عبد العزيز فكتب إليه : إن كان أهداها إليك وأنت فى منزلك فاقبلها منه ، بارك الله لك فيها ، وإن كان أهداها إليك وأنت فى عملنا فاحتسبها له من خراجه . فبيّن أن الهدية قبل تولية القضاء مباحة ، وبعد الولاية محظورة عليه . وعن إبراهيم قال : الرشوة فى الحكم سحت . وعن سعيد بن جبير أنه سئل عن السحت فقال : الرشى . وعن أبى سعيد قال : هدايا الأمراء غلول له[٢] . وعن طاوس قال : هى سحت . وعن عبدالله بن رواحة أنه لما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم علياً إلى أهل خيبر أهدوا له ، فرده[٣] فقال : هذا سحت[٤] .

117 وأما[١] رخصة الراشى للرشوة على غير وجه[٢] الحكم أو فى الحكم إذا خاف الظلم فلأنه[٣] لم يحظر على الإنسان حفظ ماله ونفسه ببذل[٤] بعض المال فإذا خاف أن يذهب منه ألف درهم جاز له أن يبذل عشرة دراهم أو مائة أو أقل أو أكثر ليحصل له الباقى ، وإن كان قد حُظر على المرتشى[٥] أخذه ، كما جاز له أن يبذل بعض ماله إذا خاف على نفسه القتل أو قتل بعض ولده وإن كان

---

116 (١) ف : الأصبهيد . ج : الأصبهد . والأصبهبذ فارسى معرب ، ومعناه قائد عسكر ، وهو أيضاً علم لملوك طبرستان . انظر الجواليقى ، ص ٢١٨ .
(٢) كذا فى الأصل ، لعل الصواب : لهم .
(٣) ج : فروة .
(٤) من ملاحظة (١٩) فقرة 112 إلى هنا ساقط من ل عدا ما يلى :
فان صحة ما ذكرناه ، وعن عمر رضى الله عنه أنه كتب إلى أهل العراق وان لها هدايا فما يهدى للولاة فيكون فيئاً لبيت مال المسلمين ولا يكون للولاة منه شىء والأخبار كثيرة فى ذا .

117 (١) ل : تجعل ما يلى فصلا مستقلا .
(٢) ساقطة من ف . (٣) ف : فانه .
(٤) ف : بترك . (٥) ف : الغير .

هذا محظوراً على الآخذ منه (٦) // [ف ٢٦ أ] أخذه (٧) . وقد روى إباحة هذا عن جماعة من السلف . وروى يحي بن عبد الحميد الحمانى عن وكيع عن أبى العُمَيس (٨) عن القاسم أن عبدالله بن مسعود أُخذ فى أرض الحبشة فرشاهم حتى خلوا سبيله . وعن حماد بن زيد عن أيوب قال : أُخذ سارق بمكة فرشاهم طاؤوس ديناراً واحداً حتى خلوا سبيله . وعن الحسن عن جابر قال : لا بأس بالرشوة إذا خاف الرجل الظلم على نفسه . وعن جابر بن زيد قال : لم نجد فى زمان عبيد الله (٩) بن زياد ، يعنى ابن أبيه ، أنفع لنا من الرشى . وذلك أن عبيد (٩) الله بن زياد كان ظالما جائراً يجور على الناس ، وهو الذى قتل الحسين ابن على عليه السلام . حكى أن الحسن البصرى لما سمع قتله للحسين قال : ياعجبى ، هل رأيتم — أو كلاما نحوها — ابن دعى يقتل ابن نبى ؟ لأن زيادا [أبا] (١٠) عبيد الله لم يعرف له أب . وعن مجاهد قال : اجعل مالك جُنَّة دون دينك . ولا تجعل دينك جُنَّة دون مالك ، تحفظ دينك ببذل المال (١١) ولا تحفظ المال ببذل الدين (١١) . وعن الحسن قال : لا نرى بأساً أن يُعطى الرجل نصف ماله ما يصون به عرضه . وعن الشعبى قال : لأن أعطى درهما واحداً فى النائبة أحب إلى من أن أعطى خمسة دراهم ، يعنى فى الصدقة (١٢) .

118 وأما هدية الخصم فإنما لم يجز قبولها لأنها تكون مثل الرشوة ، وقد قيل إنها هى المرادة بالسحت (١ كما لا يجوز له (١) ضيافة أحد الخصمين دون الآخر ،

---

(٦) ساقط من ف .

(٧) من هنا إلى آخر هذه الفقرة ساقط من ل سوى : وفيه أخبار .

(٨) ج : العيس : أبو العميس هو عتبة بن عبد الله الهذلى ، انظر تهذيب التهذيب ، ج ٧ ، ص ٩٧ .

(٩) ف : عبد الله . والصواب عبيد الله .

(١٠) ف : ابن .

(١١) ساقط من ف .

(١٢) من ملاحظة (٧) الى هنا ساقط من ل .

118 (١) ف : وكما أنه لم يجز له .

(٢ولا الإقبال على أحد الخصمين دون الآخر ، سواء كان قريباً أو غير قريب، كذلك الهدية ٢) وأما من غير الخصم فإنه يجوز قبولها من قريب كما تجوز ضيافته (٣) إياه ، لأن القاضي وغيره مأمور بصلة الأرحام ، مندوب إليه (٤فلم يدخل في القضاء ليقطع الصلة عن الأرحام٤) : وأما من غير قرابة فلا تُقبل إلا ممن كان له عادة (٥ بأنه يهدى٥) إليه قبل القضاء ، لأن ذلك يوجب التهمة (٦ويشبه الرشوة ٦) ، فلا ينبغي له أن يقبلها (٧ أما الذي كان له عادة بذلك فإنه ليس كذلك لأنه ليس فيه شبهة على أحد إذ ليس برشوة ٧) . (٨وإنما قلنا٨) انه ينعزل عن القضاء (٩بقبول الرشوة وإن لم يعزله الإمام حتى لا يجوز قضاؤه // [ل ٢٦ ب] بعد ذلك ما لم يتب لما بينا أن الارتشاء قد جاء فيه وعيد٩) فيكون مرتكب ذلك فاسقاً ملعوناً والفسق يمنع القضاء كما يمنع الشهادة، إذ القضاء آكد من الشهادة . ألا ترى أن قول القاضي وحده (١٠) ينفذ على الغير ، وقول الشاهد لا ينفذ على أحد حتى يقضي القاضي به ؟

119 (٣ قيل للقاضي(١) رحمه الله : فكيف مذهب أصحابنا في الإمام الذي ولى القاضي ، فهل يجوز أن يكون // [ف ٢٦ ب] فاسقاً ؟ قال : لا . وهذا الذي يحكون عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يجوز إمامة الفاسق غلط ، لا يضبطون عنه قوله ، ومسائله تدل على صحة ما قلنا . وذلك أنه قال في الإمام

---

(٢) ساقط من ل .

(٣) ل : إضافته

(٤) ل : في جميع الأحوال .

(٥) ف : بالهدية .

(٦) ل : والشبهة .

(٧) ساقط من ف .

(٨) في ف : وأما قوله .

(٩) ف : بالرشوة ولا يجوز قضاؤه بعد ذلك حتى يتوب ، لأن الارتشاء قد جاء فيه الوعيد .

(١٠) ساقط من ف .

119 (١) في ل : الشيخ . وبما أن الشارح لم يكن قاضيا فالإشارة هنا إلى القاضي تفيد أن هذه الفقرة هي من قول الشيخ الذي كان يدرس شرح الجصاص . أنظر أيضا فقرة 50 .

إذا زنا لم يجب عليه الحد ، وعلل جل[٢] أصحابنا أنه ينعزل بالزنا ، ولا يكون هناك من يقيم عليه الحد فيسقط . وإذا ولى غيره لم يجز عليه أيضاً لأنه ليس للمولّى أن يأخذ أحد بحد قد لزمه من قبل ولايته. فإذا كان هذا على ما وصفنا، لا فرق بين الإمام والقاضى وأنه لا يجوز واحد من الأمرين مع الفسق[٣] .

120 وأما عوده إلى ما كان عليه من القضاء بزوال الفسق بالتوبة فلأن الذى أوجب زوال ولايته هو الفسق دون غيره ، [١]وقد زال[١] ، فإذا ارتفع الفسق عاد إلى ما كان عليه كالوكيل بالشىء إذا خالف أو خان صار غير أمين، فإذا ارتفعت الخيانة والخلاف عاد إلى ما كان عليه من الوكالة ، كذلك الأب يكون له ولاية على الولد [٢] إذا كان مسلماً [٢] فإذا ارتد لم يكن له عليه[٣] ولاية بوجود الكفر ، فإذا ارتفع الكفر عادت الولاية [٤] على ما كانت عليه [٤]. كذلك هذا .

121 قال : { وإذا رشا الطالب ولدالقاضى أو كاتبه أو واحداً من أنسبائه[١] على أن يعمل[٢] له فى إنفاذ الحكم الذى [٣]طالب به [٣] ، وهو حق له واجب ، والقاضى لا يعلم بذلك ، فالرجل آثم فيما أتى من ذلك } ، يعنى إذا لم يخف من ظلمه . وأما ما حكم به القاضى فهو نافذ جائز لا يُرَدّ لأنه غير مرتش إذا لم يعلم ذلك ولا ارتشى هو بنفسه .

---

(٢) ف : دعللواجلة .

(٣) هذه الفقرة مضطربة جدا فى ل ، فكان اعتمادنا على ف ، ج .

120 (١) ساقط من ف (٢) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ف .

121 (١) ف : ناحيته . (٢) ف : عمل

(٣) ل : طلب .

122 "[1] باب تسليم القاضى على الخصوم "[1]

قال : { ولا بأس أن يسلم القاضى على الناس إذا دخل المسجد قبل أن يجلس للحكم } لأنه ليس فى هذا ضرر[٢] على أحد ، فهو وغيره فى هذا سواء ، وأما إذا قعد للحكم فلا ينبغى أن يسلم //[ل ٢٧ أ] [٣]على الخصوم [٣].

123 قال الشيخ[١] : ولا يسلم على غيرهم أيضاً لأنه جالس وغيره قائم، وليس من السنة أن يسلم الجالس على القائم [٢] لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « يسلم القائم على القاعد والماشى على القائم والراكب على الماشى[٢] » . وأما إذا سلم الخصم عليه فلا بأس بأن يرد السلام ، لأن رد السلام واجب ، فلا يجوز ترك الواجب لأجل القضاء . [٤]وقد حكى عن ابن شجاع [٣] أنه قال : ينبغى أن يقتصر على قوله : وعليك ، ولا يقول : وعليكم السلام[٤] .

124 باب القاضى يولى قضاء بلد من البلدان

فيأتيه رجل من أهل عمله فيقرّ عنده فى غير عمله بشىء أو يوكّل عنده رجلا فى غير عمله

//[ف ٢٧ أ] قال : ولو أن رجلا ولى القضاء على مصر من الأمصار فلم يخرج من الموضع الذى فيه الخليفة ، أو خرج فصار[١] إلى مصر آخر غير المصر

---

122 (١) هذا التبويب فى ف ج ، وليس فى ل .
(٢) ف ، مضرة . (٣) ساقط من ل .
123 (١) أى مدرس الشرح (٢) ساقط من ف : والحديث فى بخارى، استئذان ، ٤ بهذه الصيغة يسلم الراكب على الماشى ، والماشى على القاعد ، والقليل على الكثير
(٣) كذا فى ف ، ج : ولعله أبو شجاع ، سعيد بن يزيد الحميرى القتبانى . أنظر تهذيب التهذيب ، ج ٤ ، ص ١٠١ . (٤) ساقط من ل .
124 (١) ف : فصعد .

الذى وليه ، فجاءه رجل فقال له : إن لى حقوقا قبل الناس بالبلد الذى وليته ، وقد وكلت هذا الرجل بطلب حقوقى بذلك البلد الذى وليته ، ويقبضها والخصومة فيها، والقاضى يعرف الموكِّل والوكيل ، فنى قول أبى حنيفة لا يسمع القاضى منه ولا يقبل ذلك ، وإن (٢) حضره الوكيل فى البلد الذى وليه أمَرَه بإحضار بينة على الوكالة (٢) . (٤) وأما قول أبى يوسف فإن القاضى إذا صار إلى البلد وحضر الوكيل يريد أن يطالب بحقوق الذى وكله أنفذ له الوكالة وجعله خصما فى حقوق الموكل } . وجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن الذى يسمع ويعلمه قبل القضاء أو فى غير البلد الذى وليه (٣) يكون على وجه الشهادة ، ولا يكون قضاء ، لأن الشهادة لا تنتقل إلى القضاء . وقول محمد فى هذا مثل قول أبى حنيفة (٤) . (٥) وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أنه لو لم ينفذ به [؟] على علم يكون الحق وثبوته على المدعى عليه . فى هذا الحال كان له أن يقضى بعلمه بذلك إذا تقدم عليه بالحق قبل القضاء لأنه لم يخرج من أن يكون عالما بثبوت الحق// [ل ٢٧ ب] فى حال القضاء (٥) .

---

(٢) ل أحضره الرجل فى البلد وليه الذى عليه الوكالة .

(٣) مزيد فى ف : أمره .

(٤) كذا فى ف ، ج : أما ف فهى مضطربة هنا : وعند أبى يوسف ومحمد فإن القاضى إذا صار الى البلد أمره باحضار البينة ، وحضر الوكيل وهو يطالب بحقوق الذى وكله أنفذ له الوكالة وجعله خصما فى حقوق الموكل . ثم رجع محمد وقال : ليس للقاضى أن يحكم بعلمه ، وانما هذا كان للنبي عليه السلام . وجه لأن الحانيـة [الخيانة ؟] قد ظهرت واشتهرت فى الحكام فلا يجوز أن يحكم بعلمه . وجه قول أبى حنيفة أن الذى سمع القاضى وعلمه قبل القضاء أو فى غير البلد الذى وليه يكون على وجه الشهادة فلا يكون قضاء ابداً لأن الشهادة تنتقل إلى القضاء . وقول محمد مثل هذا مثل قول أبى حنيفة .

(٥) ف ، ج : وأما أبو يوسف فانه ذهب إلى أنه لو علم يكون الحق وعلم بثبوت الحق فى حال القضاء .

125 وأما الحدود غير حد القذف وما يتعلق به حق[١] بنى آدم فلا خلاف بينهم أن القاضى لا يحكم على أحد بعلمه ، سواء كان علم ذلك فى حال القضاء أو قبله ، لما رُوى عن أبى بكر وعمر وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم أنهم قالوا : لا يجوز للقاضى أن يقضى بحد على أحد حتى يُشهد معه غيره . وأما ما يتعلق به حق [١] بنى آدم فلأن حقوق الناس لا يسقطها الشبه . كذلك حد القذف ، لما كان فيه حق بنى آدم ، صار مثل حقوق سائر الناس وتحصيل المذهب فى هذا أن أبا حنيفه أجاز [٢] قضاء القاضى[٢] بعلمه فى حال القضاء[٣] فى حقوق بنى آدم [٣] ولم يجزه بما علمه قبل القضاء [٤] أو فى موضع ليس من [حكمه] [٤]. وأبو يوسف أجاز قضاءه بعلمه سواء [٥] علمه فى حال القضاء أو قبله أو فى موضع لا يلى فيه[٥]. ومحمد لم يجز شيئاً من ذلك فى[٦] الوجوه كلها[٦]. واتفقوا جميعاً فى الحدود أنه لا يجوز قضاؤه بعلمه [٧] فى حال القضاء أو قبله [٧] إلا حد القذف فإنه بمنزلة سائر الحقوق على الاختلاف الذى بينا . وهذه الحقوق التى اختلفوا فيها إنما هى غير[٨] قبول البينات كالوكالات[٩] والوصايا وعقود البياعات والإقرار [١٠] بالغصب وسائر الحقوق[١٠] .

126 وأما البينات فلا يسمعها إلا فى حال القضاء لأن الشهادة لا يثبت لها حكم بنفسها حتى يقضى بها القاضى . فإذا كان كذلك لم يكن لسماع البينة // [ف ٢٧ ب] معنى فى غير حال القضاء ، وصار هو [١] وسائر الناس فى ذلك بمنزلة واحدة [١]. وليس كذلك سائر الحقوق عند أبى يوسف لأن الوكالة

---

125 (١) ل : من حقوق .
(٢) ل : قضاؤه .
(٣) ساقط من ف .
(٤) فى ل : علمه . والعبارة ساقطة من ف .
(٥) ف : علم ذلك قبل أو بعده .
(٦) ف : الوجهين جميعاً .
(٧) ساقط من ف .
(٨) ساقط من ل .
(٩) ل : كالأب
(١٠) ف : بالحق

126 (١) ف : كسائر الناس فى ذلك سواء .

تثبت[٢] بنفس العقد وكذلك عقود البياعات والنكاح والإقرار وغير ذلك من الحقوق فإنه يثبت حكمها بغير قضاء . فإذا سمع القاضى ذلك وشاهد هذه القصة وقع له العلم بثبوت الحق ، فله أن يقضى به فى حال القضاء // [ل٢٨أ] [٣] وقد بينا وجه الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف فى علم القاضى قبل القضاء إذا أراد أن يحكم به فى حال القضاء . بقى الكلام بين أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد إذا أراد القاضى أن يقضى بما علمه فى حال القضاء : إنه يجوز عندهما ولا يجوز عند محمد . فوجه قولهما إن القاضى[٣] لو لم يقبل قوله فيما قد صح عنده [٤]حتى يقضى به[٤] لم يجز قضاؤه وحده حتى ينضم اليه قاض آخر كالشاهد لما لم يقطع بشهادته الحكم لم يكن لشهادته تأثير فى إثبات الحق وإنفاذ القضاء حتى ينضم إليه شاهد آخر ، فلما اتفقوا جميعاً على أن قضاء القاضى بنفسه جائز دون أن ينضم [٥]قاض آخر إليه[٥] علمنا أن قوله مقبول وحده[٦] فلا يحتاج فى انفاذ القضاء الى شىء آخر . وأيضاً لما صح عند الجميع أن له أن يسجل بالحكم الذى قد أنفذ[٧] من غير انضمام رجل آخر إليه ثبت أن قوله وحده مقبول على المقضى عليه . وأيضاً فإن القاضى اذا حكم بالحق بشهادة الشهود فإنما يحكم به لوقوع العلم[٨] به فى غالب الظن ، واذا اتهم الشهود لم يحكم به لأنه يغلب فى ظنه أن الأمر بخلاف ما شهد به الشهود . فإذا كان كذلك وكان[٩] الحكم بالشهادة إنما ينفذ لوقوع العلم به[١٠] فى الظاهر فإذا أيقن ثبوته بغير شهادة كان أولى فى انفاذ الحكم إذ الأمر فى ذلك موكول الى وقوع العلم له بما

---

(٢) ساقط من ف .

(٣) والجواب عن هذا لأبى حنيفة ماذكرناه من أن علمه قبل القضاء وقع على وجه الشهادة وشهادة الواحد غير مقبولة فى حدود الآدميين . وأما إذا علم ذلك فى حال القضاء فانه يجوز له أن يقضى بها فى قولهما . ووجه ماذهب إليه القاضى فالشاهد.

(٤) ساقط من ل . (٥) ل : إليه معنى آخر .

(٦) ساقط من ف . (٧) ف : تقدم .

(٨) ف : علمه : (٩) ف : وبان أن .

(١٠) ف : جاز أن يبقى ثبوت الحق بغير شهادة كان له أن ينفذ الحكم إذا كان الأمر فى ذلك موكلا الى وقوع العلم به بما يقضى به .

يقضى به [١٠] . وأما محمد فإنه ذهب الى أن هذا كان للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة ، [١١] وأما غيره فإنه يجوز عليه الخيانة والكذب . وعنده[١١] فلا يجوز أن يقتصر على قوله احتياطاً لحقوق الناس . وقول محمد فى هذا أحوط ، خاصة [١٢] فى زماننا هذا .

127 مسئلة[١]

قال : { ولا بأس أن يقبل القاضى القصص وينظر فيها لأنه ليس فى هذا[٢] اختصاص ببعض [٢] الخصوم دون بعض } ، لأنه اذا نظر فى قصص كل أحد لم يختص[٣] بها واحد دون غيره ، وصار مثل سماع البينات[٤] والدعاوى لتساويهم فى ذلك . وأيضاً فإنه يجوز أن // [ف ٢٨ أ] يكون الخصم غير قادر على عبارة [٥] ما فى قلبه بين يدى [٦] القاضى لدهش[٦] ؛ يداخله أو حصر [٧] يأخذه فيكتب ذلك فى القصة ليتوصل به الى حقه . وما روى عن شريح أنه كان // [ل ٢٨ ب] لا ينظر فى القصص ويقول : لست أقرأ الكتب[٨] ، فيحتمل أن يكون ذهب الى أن النظر فى القصة [٩] كسارّته لأحد الخصمين دون الآخر ، وليس كذلك عندنا لأنه اذا لم يخص بالنظر فى القصة[٩] لأحد الخصمين دون الآخر لم يكن فى ذلك ميل الى أحدهما دون الآخر . وانما يكون بمنزلة سماع الدعوى والبينة . ولما [١٠] ذهب اليه شريح [١١] وجه صحيح[١١]

---

(١١) ف : لأنه لم يجز عليه الكذب والخيانة . وأما لغيره .
(١٢) ساقط من ل .

127 هذا العنوان فى ف ، ج : فقط
(٢) ف : خصوصية لبعض .
(٣) ف : يخص .
(٤) ف : البينة .
(٥) ج : عيادة . والعبارة هو التعبير أو التفسير .
(٦) ف : الحاكم لفرع .
(٧) الحصر هو أن يعيى فى النطق .
(٨) ف : الكتب .
(٩) ساقط من ج : وكلمة كسارته فى ف : كاسراره .
(١٠) ل : الذي
(١١) ساقط من ف .

مع تساويهما فيما ذكرنا من قبل أنهم لم يختلفوا أنه لا يجوز للقاضي أن يُسار (١٢) كل واحد من الخصمين وان كان قد وُجد تساويهما فيما ذكرنا وهو إسراره (١٣ كل واحد منهما ١٣) . كذلك النظر في القصة يجب ألا يجوز لأنه سر وان نظر في القصتين (١٤) جميعاً لأن ذلك يوجب التهمة . وأيضاً فإنه يُحتمل أن يكون امتناعه من النظر لأجل أن القصة قد يقع فيها إقرار بالحق من حيث لا يشعر به كاتبها (١٥، فلا يأمن هو ١٥) أن ينظر فيها فلزمه أيضاً الحكم عليه بالإقرار لأنه كان من (١٦) مذهبه جواز الإقرار بالقصص . وأما عند أصحابنا فإنه ينظر ، فإن كان ذلك على وجه الخطاب وصاحب القصة معترف بأنه كاتبها هو وجميع ما فيها حق فإنه يلزمه ، وإن جحد (١٧ أن يكون ١٧) كتبها أو لم يكن كذلك على وجه الخطاب لم يلزمه شيء .

128 مسئلة (١)

{ ولا بأس أن يتخذ القاضي لنفسه جلوازاً يقوم بين يديه فيؤدب مَن يحتاج إلى التأديب (٢) } لما روى قدامة بن شهاب المازني (٣) قال : حدثتني أم داود الوابشية (٤) قالت : رأيت على رأس شريح شرطياً بيده سوط . وروى عن عمرو بن قيس أنه قال : رأيت رجلا يقوم (٥) على رأس شريح فكان إذا تقدم إليه (٥) الخصمان قال : أيكما المدعي فليتكلم . قال: { ولا ينبغي

---

(١٢) ل : يسر مع .
(١٣) ف : معه
(١٤) ل : قصتهما
(١٥) ف : فكان لا يأمن .
(١٦) ساقط من ل .
(١٧) ف : أنه .

128 (١) هذا العنوان في ف ، ج : فقط
(٢) مزيد هنا في ف ، ج : في ذلك .
(٣) أنظر تهذيب التهذيب : ج ٨ ، ص ٣٦٣ . ساقط من ج ، وفي ل : المارى .
(٤) أنظر المصدر السابق ساقط من ف ، ج .
(٥) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ل .

للذى يقوم بين يدى القـــاضى أن يُسارَّ أحداً[٦] فى المجلس الذى يحكم فيه القاضى[٦]} لأن هذا يوجب تهمة فى القاضى[٧] وتصير كالرشوة[٧] عند الناس. وأيضاً فإن هذا قائم مقام القاضى فى إنفاذ تلك الحقوق فلا يجوز له أن يسارَّ أحداً، كما لا يجوز للقاضى أن يسارّه.

129 مسئلة[١]

قال: {ويسوّى بين الخصوم}، وقد بينا هذا فيما تقدم لأن القـاضى إذا مال إلى أحدهما انكسر قلب الآخر فلا يقدر[٢] على // [ف ٢٨ ب] إظهار الدعوى وإثبات الحجة حسب الواجب //[٣] [ل ٢٩ أ] وقد بيّنا الحجة فى هذا من جهة الكتاب وهو قوله تعالى ﴿كونوا قوّامينَ﴾ وقوله تعالى ﴿فلا تتّبعوا الهوىٰ[٤]﴾ فيه دليل على منع الميل إلى أحدهما دون الآخر. وروى عن ابن عباس أنها نزلت فى حاكم يحكم بين اثنين فيكون ليُّه وميله إلى أحدهما دون الآخر: وكذلك قوله فى قصة داود عليه السلام ﴿إنا جعلناكَ خليفةً فى الأرضِ فاحكم بينَ الناسِ بالحقِّ ولا تتّبعِ الهوىٰ[٥]﴾. ومن جهة السنة حديث ثقة[٦] عن أبى محمد المحررى[٧] عن أبى بكر مولى بنى تميم عن عطاء عن أم سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال «إذا ابتُلى أحدكم بالقضاء فليسوِّ بين الخصوم فى المجلس والإشارة والنظر، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين من الآخر[٨]». وحديث مصعب بن ثابت أن عبدالله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير، قد أجلس عمرو بن

---

(٦) ف: من الخصوم فى مجلس الحكم. (٧) وصار كالراشى.

129 (١) هذا العنوان فى ف، ج فقط. (٢) ف: يجسر.

(٣) من هنا إلى آخر هذه الفقرة ساقط من ل.

(٤) سورة النساء، ٤: ١٣٥. (٥) سورة ص، ٣٨: ٢٦.

(٦) فى ج: ثقة. وفى ف: ثقة. (٧) لم أعثر على هذا الإسم.

(٨) هذا الحديث لم يرد فى ولسنك.

الزبير على السرير ، فلما جاء عبد الله وسّع له سعيد بن العاص من شقّة الآخر فقال ها هنا . فقال عبد الله : الأرض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الخصمين يقعدان بين يدى الإمام . فأفادنا هذا الخبر معنيين : أحدهما التسوية لأنه أخبر أن قعود الخصمين جميعاً على الأرض من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والثانى أن من السنة قعود الخصم بين يدى القاضى أو يستندوا معه . وقصة عمر بن الخطاب مع أبىّ بن كعب رواها معاذ بن أسد عن ابن المبارك عن إسمعيل بن أبى خالد عن الشعبى . وروى محمد بن الحكم السمرى [٩] عن يعلى بن عُبيد عن إسمعيل بن أبى خالد عن عامر قال : كان حائط بين عمر وأبىّ بن كعب، فكانا جميعاً يدّعيانه ، فاختصما إلى زيد بن ثابت فأتياه ، فضربا الباب ، فسمع زيد صوت عمر بن الخطاب فاستقبله وقال : ألا أرسلت يا أمير المؤمنين ؟ قال : فى بيته يؤتَى الحكَمَ . أى لا يُدعى الحاكم إلى بيت المحكوم له — وهذا مثلٌ للعرب وله قصة يطول ذكرها — فلما دخل ألق [١٠] وسادة فقال : ها هنا بالرحب يا أمير المؤمنين. فقال عمر : هذا أولُ جَورك . فجلسا بين يدى زيد فقال أبىّ : حائطى. فقال زيد ، بيّنتك على ما تقول وإلا فيمين أمير المؤمنين ، وإن رأيتَ أن تعفيه من [١١] اليمين ، فاعفِه ! فقال عمر : وهذا أيضاً ثانية . فقال أبىّ : لا بل تعفيه [١٢] ونصدقه . فقال عمر لزيد : تقضى باليمين علىّ ولا أحلف ؟ فهذا أيضاً أصل فى وجوب التسوية بين الخصوم لأن ذلك كان // [ف ٢٩ أ] منه ، وأصحاب النبى صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين [١٣] فلم ينكر عليه أحد ولم يُروَ عن غيره خلاف ذلك أيضاً . قال : { والذى يُكره للقاضى من هذا أن يكون يأذن لأحد الخصمين أن يدخل عليه فى منزله دون الآخر ، فإن فى ذلك مكسرة لخصمه } فأما من لم يكن له خصومة فلا بأس أن يأذن له القاضى

---

(٩) لم أعثر على هذا الإسم .

(١٠) ف : ألقاه .

(١١) ف : عن

(١٢) مزيد هنا فى ف : عن اليمين .

(١٣) ف : متوافرون .

في الدخول عليه السلام أو لحاجة تعرض (١٤) .

130 //[ل ٢٦ أ] باب اليمين

قال : { البينة على المدعي واليمين على المدعَى عليه } ، (١) وذلك لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه . وعن زيد ابن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المطلوب (١) . وروى طلحة بن عبيد الله (٢) قال : أمر النبي عليه السلام منادياً ينادي أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين متهم، وأن اليمين على المدعَى عليه والبينة على المدعي . (٤) وعن سعيد بن المسيب قال : مضت السنة أن اليمين على المدعى عليه . وعن عبد الملك عن جرير بن الحصين عن عمران بن الحصين (٣) قال : أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاهدين واليمين على المدعَى عليه . فهذه الأخبار كلها دالة على أن البينة على المدعي واليمين على المدعَى عليه . وقد بينا هذه المسألة في كتاب الدعوى (٤).

131 قال : { ولا ينبغي للرجل (١) أن يحلف على شيء هو فيه كاذب } لما (٢) روى الأعمش على شفيق عن عبد الله ، وعن أبي وائل عن عبدالله قال : قال رسول الله (٢) صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين صبر — يعني يميناً يعلم أنه فيها كاذب — يقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان (٣) » ، فأنزل الله تصديق ذلك (٤) ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله

---

(١٤) من ملاحظة (٣) إلى هنا ساقط من ل .

130 (١) ل : كذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم .
(٢) ل : عبدالله : (٣) لم أعثر على هذا الإسناد .
(٤) ساقط من ل .

131 (١) ساقط من ل . (٢) ل : روى عن النبي .
(٣) هذا الحديث باسناد أبي وائل عن عبدالله ، في بخاري ، أيمان ، ١٧
(٤) ل : وقول الله تعالى .

وأيمانهم ثمناً قليلا ﴾[٥] الآية[٦] . قال[٧] : فدخل الأشعث بن قيس قال : ما يحدثكم أبو عبد الرحمن ؟ قلنا : كذا وكذا . قال : فيَّ أنزلت . كانت لى بئر فى أرض ابن عم لى فجحدنى فقال النبى صلى الله عليه وسلم « بينتك أو يمينه » . قال : إذاً يحلف يارسول الله . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرىء مسلم وهو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان » وفى بعض الأخبار أن الأشعث بن قيس قال : نزلت فى خصومة // [ف ٢٩ ب] كانت بينى وبين رجل من اليهود فى أرض فجحدنى فقدمته إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألك بينة ؟ » فقلت : لا . فقال لليهودى « احلف » . قال : فقلت : يارسول الله، أيحلف[٨] فيذهب بمالى ؟ فأنزل الله تعالى ﴿إن الذينَ يشترونَ بعهدِ اللهِ﴾ الآية . وفى بعض الألفاظ قال الأشعث بن قيس : كان بين رجل منا ورجل من الحضرميين خصومة فى أرض، فاختصما إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال: « بينتك أو يحلف » قال : إن شأن أرضى أعظم من ذلك ، ألا يحلف عليها . فقال النبى صلى الله عليه وسلم « إن يمين المسلم من وراء[٩] ما هو أعظم من ذلك » . فلما ذهب يحلف قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف كاذباً أدخله الله النار . » قال : فقال الرجل : أصلح بينى وبينه . وفى بعض الألفاظ قال الأشعث : اختصم رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمى : يارسول الله ، أرضى فى يدى هذا اغتصبنيها . فقال الكندى: أرضى فى يدى ورثتها عن أبى . وذكر القصة . فأصل القصة كان للأشعث إلا أن الألفاظ مختلفة ، ويجوز أن يكون قصتين إحداهما فى أرض والأخرى فى بئر ، وقصة الأرض كانت له والأخرى كانت لابن عمه . وقوله إنها كانت

---

(٥) سورة آل عمران ، ٣ : ٧٧ .
(٦) فى ل هنا : فى مثل هذا أنزلت
(٧) من هنا الى آخر الفقرة ساقط من ل .
(٨) فى أبى داود ، أقضية ، ٢٥ : اذا يحلف ويذهب بمالى .
(٩) ج : درا .

بين رجلين حضرمى — وكان الأشعث من كندة — وابن عمه يجوز أن يكون كذلك ، والآخر كان من حضرموت فيكون توفيقاً بين الأخبار كلها [١٠] .

132 قال : { وإذا تقدم الرجلان إلى القاضى فينبغى له أن يقبل على المدعى وهو صاحب الرقعة فيسأله عن دعواه ، فإن ادعى على الرجل الذى [١] حضر معه مالا [٢] مداينة أو قرضاً أو غصباً [٢] أو وديعة فإن القاضى ينبغى [٣] أن يقول للمدعى عليه ما تقول فيما ادعى عليك هذا ؟ فإن أنكر أقبل القاضى على المدعى فقال : قد أنكر ما ادعيت . فإن قال : استحلفه ، فإنه ينبغى للقاضى [٣] أن يسأله : ألك بينة على ما تدعى [٤] ؟ فإن قال : نعم ، لم يستحلفه على قول أبى حنيفة إذا كانت له بينة حاضرة ، ويستحلفه فى قول أبى يوسف } .

133 أما إقبال القاضى على المدعى أولا ، فلا نعرف [١] خلافا بين الناس [٢] فى ذلك وبه [٢] جرت أحكام القضاة فى السلف والخلف [٣] إلى يومنا هذا [٣] . وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يفعل ذلك فى قضائه [٤] . وأما سؤاله عن دعواه فإن أبا بكر رحمه الله قال : إن شاء بدأ القاضى فقال له : ما تدعى ؟ وإن شاء تركه حتى يقول المدعى . أىّ ذلك فعل فهو حسن . وليس هذا كالشهادة . إن الشاهد لا يشهد حتى يُستشهد ، والمدعى يدعى وإن لم [٥] يسأل عن ذلك [٥] // [ف ٣٠ أ] لأن الشهادة ليست حقاً للشاهد وإنما هى حق للمدعى بينهما ، فإذا [٦] لم يستشهده القاضى لم ينبغ [٧] له أن يشهد .

---

(١٠) من ملاحظة (٧) إلى هنا ساقط من ل .

132 (١) ساقط من ل .
(٢) ف : من مداينة أو قرض أو غصب .
(٣) ساقط من ج .
(٤) ف : يدعى عليك .

133 ل ، ج : يعرف .
(٢) ف : وقد .
(٣) فى ل : فقط .
(٤) ف : قضاياه .
(٥) ف : يستدع .
(٦) ف ، ج : فلما .
(٧) ف : يكن .

وبهذا (٨) وردت السنّة فى ذم الشاهد الذى يشهد قبل أن // [ل ٢٩ ب] يستشهد (٩) والذى يحلف قبل (١٠) أن يستحلف (١١) وأما المدعى بالشىء (١٢) المدّعى هو حق له فله أن يدعى ويثبت دعواه ليتوصل به إلى حقه . وأما قوله للمدعى عليه : ما تقول فيما ادعى عليك هذا ، فلأنه لو أقر المدعى عليه بحق المدعى لم يحتج إلى أكثر من القضاء عليـــه بالحق . والقاضى إذا توصل إلى إنفاذ القضاء بالإقرار لم يجز له أن يعدل منه (١٣) إلى البينـة أو اليمين لأن ذلك أسهل . وإن أنكر المدعى عليه (١٤ حق المدعِى ١٤) أقبل حينئذ على المدعِى (١٥ فعرفه ما سمعه ١٥) من المدّعى عليه ونظر مايطلب (١٦ المدعِى من ١٦) المدّعى عليه . فإن قال : أريد يمينه ، حينئذ قال (١٧) : ألك بينة ؟ لأن اليمين لا يثبت حكمها مع بينة حاضرة عند أبى حنيفة فلا (١٨) بد للقاضى من أن يستفسره عن البينة . فإن قال : لى بينة حاضرة (١٩) ، لم يستحلف المدعى عليه فى قول أبى حنيفة (٢٠ . وفى قول أبى يوسف ومحمد يُستحلف ٢٠) . ووجه (٢١ قول أبى حنيفه ٢١) أن يمين المدعى عليه لا تجب مع إقامة بينة المدعى عندهم جميعاً (٢٤) لأنه لو أقامها ، فقال المدعى عليه : أنا أحلف أن ما لهذا علىّ حق (٢٢) ولا دعوى ولا طِلْبة بقليل ولا كثير لم يُلتفت إلى قوله . فإذا ثبت هذا [منهم] (٢٣)

---

(٨) ف : وبمثله .

(٩) ل : يدعى ويستشهد .

(١٠) ساقط من ل .

(١١) مزيد من ل هنا : وقد بينا هذا فيما تقدم .

(١٢) ل : فالشىء .

(١٣) كذا فى الأصل : والصواب : عنه :

(١٤) ساقط من ل :

(١٥) ف : ويعرفه ما قد سمع .

(١٦) ساقط من ل .

(١٧) ف : يقول .

(١٨) ف : فقال لا .

(١٩) ساقط من ل .

(٢٠) ل : ويستحلف فى قول أبى يوسف .

(٢١) ل : قوله .

(٢٢) كذا فى ل ، والصواب : حقاً .

(٢٣) غير واضحة فى ل .

كلهم[٢٤] والمدعى قد اعترف أن له بينة حاضرة يقدر على إقامتها[٢٥] كان ذلك إقراراً منه[٢٥] بأنه لا يمين على المدعى عليه إذ اليمين لا يثبت حكمها مع البينة . ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن المدعى وإن اعترف[٢٦] بأن له بينة[٢٦] فلم يعترف بسقوط[٢٧] اليمين عن المدعى عليه،[٢٨] إذ اليمين إنما تسقط عن المدعىَ عليه عند إقامة البينة لا عند إمكان إقامتها . والبينة ها هنا لم تقم بعد وإن كان يقدر على إقامتها ، فلا يكون معترفاً بسقوط اليمين عن المدعى عليه[٢٨] . والجواب عن هذا لأبي حنيفة[٢٩] أن إمكانه لإقامتها بمنزلة أن يقيمها .ألا ترى أنه إذا ادعى أن له شهادة حاضرة على ما يدعيه كان له أن يأخـــذ منه كفيلا بنفسه حتى يحضر . فلولا أنه قد آثر هذا وصار بمنزلة أن يقيمها ما كان له// [ل ٣٠ أ] أخذ الكفيل عنه[٢٩] .

134 فصل

قال : { فإن رأى القاضى استحلاف المدعى عليه مع قوله إن له بينة — يعنى أن يكون[١] على مذهب أبي يوسف — [٢] أقبل على المدعى عليه وقال له[٢] إن المدعى يريد يمينك فإذا قال :أنا أحلف ، قال له القاضى قل : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم ، الطالب الغالب ، المدرك المهلك ، الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، الكبير المتعال[٣] ، ما لفلان

---

(٢٤) ف : وقد ثبت ذلك عندهم جميعاً بالسنة والنظر . فإذا كان كذلك .
(٢٥) ف : وفى اعترافه بهذا إقرار . (٢٦) ف : بكينونة البينة .
(٢٧) ف : بإسقاط . (٢٨) ساقط من ج .
(٢٩) ساقط من ف .

134 (١) ف : يعنى . (٢) ف : ويحتج به — قال للمدعى عليه .
(٣) كذا فى الأصل ، والصواب : المتعالى .

ابن فلان هذا عليك ولا عندك ولا قِبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا، ولا شيء منه [٤] وقد بينا هذا فيما تقدم[٤] } .

135 أما // [ف ٣٠ ب] ذكر النعوت لله تعالى دون[١] الاقتصار على اسمه [ف ٣٠ ب] فللتأكيد والتعظيم، لأنه إذا فخّم اليمين وعظّم شأنها قلما يتجاسر عليها الإنسان. وإلا فلو اقتصر على قوله : والله، كان جائزاً . وأما قوله : عليك ولا عندك ، لأن معنى عليك غير معنى عندك ، [٢]وذلك أن [٧] معنى عليك أن يكون الحق عليه فى ذمته ، مثل الدَّين ونحوه ، ومعنى عندك[٣] أن يكون عيناً عنده ، مثل الوديعة والغصب والعارية والإجارة ونحوها [٤] . فإذا ادعى عليه المدعى دَيناً حلف[٥] المدعَى عليه : ماله عليك - يعنى الدين - ولا عندك ، لئلا يكون [٦]الدين الذى ادعاه المدعِى[٦] من جهة غصب والغصب قائم فى يده ، فلا يكون عليه القيمة مع بقاء العين . فلا يقتصر على قوله : عليك ، لئلا يتأول المدعَى عليه فيحلف : ماله عليك[٧] شيء ويكون صادقاً ، لأن القيمة لا تكون عليه إلا بعد هلاك العين ، والعين باقية هاهنا . فإذا حلّفه : ولا عندك ، لم يقدر أن يتأول فى ذلك شيئاً لأنه إن كان قائماً بعينه لم يقدر أن يحلف على أنه ليس عنده[٨] . فأما إذا كان مستهلكاً[٩] فقد لزمته القيمة فلا يقدر أن يحلّفه على أنه ليس عليه شيء . وأما قِبلك فهو للتأكيد لأن معناه عليك[١٠] .

---

(٤) ساقط من ف .

135 (١) ل : روى .
(٢) ل : لأن .
(٣) ف : عنده
(٤) ساقط من ف .
(٥) ف : يحلف
(٦) ف : المدعى .
(٧) ساقط من ف .
(٨) ل : عليه شيء
(٩) ف : مستهلك .
(١٠) ل : عليه .

136 قال : {[1] ولا يستحلف [1] : ما استقرضت منه هذا المال[2] الذى ادعى وهو كذا وكذا . ولكن يحلّفه فى الوديعة : ما له هذا المال الذى ادعى فى يديك وديعة ، ولا شىء منه ، ولا له قِبلك حق منه } . وإنما لم يحلفه على نفس // [ل ٣٠ ب] القرض والغصب لأن فيه حيفاً [3] على المدعى عليه : إذ قد يجوز أن يكون قد اغتصبه أو استقرضه إلا أنه قد رد الغصب إليه [4] وأوفاه القرض [5] فلا يقدر أن يحلف على أصل الغصب والقرض[5] وهو برىء من حق المدعى . ولكن يحلفه ماله هذا المال الذى ادعاه وديعة فى يديك ولا شىء منه ، لئلا يتأوّل عليه فى اليمين ؛ إذ قد يجوز ألا يكون [6] جميعه عنده ولا يكون[6] عنده بعض ما ادعى [7] ، فإذا حلف على جميع ما ادعاه كان باراً لأنه ليس عنده جميع ما ادعاه وإذا حلّفه على جميع المال وعلى أن لا شىء عنده منه [8] لم يقدر أن يتأول فى مقدار ما بقى [9] فى يديه [9] ويكون حانثاً متى [10] حلف . [11] وقوله: ولا له قِبلك حق منه ، لئلا يكون أخرجه من يده — يلبغى أو هبة أو غير ذلك . فلا يقتصر على قوله : فى يديه وديعة ولا شىء منه ، حتى يقول : ولا له قِبلك حق منه [11] .

137 قال : {وإن ادعى قِبَله ضيعة أو داراً أو عقاراً قال له: سَمّ ماتدعى وحده وسمّ موضعه وبلده . ثم يحلفه : بالله ما هذه الدار أو هذه الضيعة التى سمى وحدد لفلان بن فلان هذا فى يديك ولا شىء منها ولا له قبلك منها حق ولا بسببها } . [1] وإنما يقول[1] له سَمّ // [ف ٣١ أ] ما تدعى من الضيعة

---

136 (١) ف : واستحلفه
(٢) ساقط من ف .
(٣) ف : حقاً
(٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ج .
(٦) ف جميع ما ادعى للمدعى ولكنه .
(٧) ف : ادعاه .
(٨) ساقط من ف .
(٩) ساقط من ل :
(١٠) ف : فيه لو .
(١١) ساقط من ف .

137 (١) ف : وأما قوله : يقال .

وحدها وسم موضعها وبلدها ، فلأن دعوى المدعى ينبغى أن تكون معلومة [٣] لأن دعواه ينبغى أن يكون مطابقاً [٢] لشهادة الشهود ، فإذا لم يبين للقاضى دعواه لم يقدر على مقابلة دعواه بشهادة الشهود — هل يوافق الشهادة أو يخالف لها . فكذلك احتيج إلى كونه معلوماً . وأيضاً فإن المدعى إذا لم يكن عنده بينة يحلف المدعى عليه . فإذا لم يكن الدعوى عنده معلوماً لم يدر على أى شىء يحلف المدعى عليه . وليس يأمن أن يكون الحلف يقع على غير ما ادعى المدعى . وإذا صار الدعوى معلوماً حلف المدعى عليه على نفس دعوى المدعى . فهذا فائدة كون دعوى المدعى معلوماً [٣] . إن معرفة العقار [٤] والأرضين والضياع [٤] لا يكون إلا بالحدود والصفة لأنه لا ينقل ولا يحول ولا يقدر القاضى أن يعرفه إلا من هذه الجهة . وأما إذا كانت [٥] الدعوى فى عرض أو جارية [٦] أو غير ذلك مما ينقل أو يحول فإن القاضى يأمر المدعى عليه أن يحضر الشىء المدعى إذا أقر أنه باق فى يده ليقع // [ل ٣١ أ] الشهادة والحكم على العين دون غيرها . ثم يحلفه : بالله ما هذا الغلام لفلان بن فلان هذا ولا شىء منه ، لأنه يجوز أن يكون [٧] بعض الغلام المدعى هو له ، فإذا حلف : ما له هذا الغلام ، فقد برىء من دعواه [٧] وقد ذهب بحق المدعى . فيكون فيه حيف [٨] عليه . فلا بد من أن يحلفه : ولا شىء منه ، حتى يستحق المدعى ذلك البعض الذى له من العبد إذا نكل المدعى عليه عن اليمين . وذلك لأن القاضى

---

(٢) كذا فى الأصل . يظهر أن الكاتب يذكر كلمة الدعوى فى أماكن عدة من هذه الفقرة .

(٣) هذه الفقرة مختصرة فى ل هكذا : حتى تقع الشهادة على مثله إذا كانت له بينة وتقع المقابلة به . وان لم يكن بينة حلف المدعى عليه على نفس ما ادعى . ولو لم تكن الدعوى عنده معلومة لم يدر القاضى على أى شىء يحلف المدعى عليه ، إذ لا يأمن أن يقع الحلف [فى الأصل : الحلاف] على غير ما ادعى المدعى ولا يدرى بماذا وقعت الشهادة . فينبغى أن [كلمة غير واضحة] عن حالة حتى يحقق الدعوى ويصير معلوماً عنده . وقد بينا هذا فيما تقدم .

(٤) ساقط من ف

(٥) ف : كان .

(٦) ساقط من ف .

(٧) ل : بعضه فيكون باراً فى يمينه .

(٨) ل : حلف .

منصوب لإيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم ، فلا ينبغى له أن يميل إلى أحد الخصمين ويحيف بالآخر ويجحفه .

138 قال : { وإن كان هذا العرض الذى يقدر على تحويله مغيّب[١] عن القاضى فأراد استحلافه عليه [٢] فإن القاضى يقول للمدعى : سم الجارية التى تدعى وانسبها إلى جنسها وسمّ قيمتها } . أما تسمية الجارية ونسبتها إلى الجنس الذى هى منه [٣] فلأنه حتى تحصل الدعوى فى معلوم [٣] وأما معرفة مقدار القيمة فلأن الذى يحصل للمدعى عند صحة دعواه ها هنا هو القيمة إذ العين غير قادر عليها فلا بد من معرفة مقدار[٤] القيمة . فإذا كان كذلك يحلف[٥] المدعى عليه : بالله ما لفلان بن فلان هذا فى يديك هذه الجارية التى ذكر ولا شىء منها — لأنه يجوز أن يكون بعض الجارية له وإن لم يذكرها [٦] — ولا هى له عليك ولا قِبلك ولا قيمتها التى سمى[٧] وهو كذا وكذا ولا شىء من قيمتها.

139 // [ف ٣١ ب] قال الشيخ[١] : هذا إذا لم يدع المدعى بقاء الجارية فى يد المدعى عليه [٢] فيحتاط له ويحلفه[٢] على عين الجارية وعلى قيمتها وعلى أن لا شىء من الجارية عليه ولا عنده ، لأنه يحتمل أن تكون الجارية باقية فى يديه فلا تلزمه القيمة ، فإذا حلّفه[٣] أنه لا شىء عليه كان صادقاً ، فيحلف على عين الجارية أيضاً[٤] . ويُقتصر فى ذلك على يمين واحدة لأن الدعوى واحدة[٥] . قال الشيخ رحمه الله: إذا ادعى أن الجارية باقية فى يده فإن المدعَى عليه يُحلّف

---

138 (١) كذا فى ف ، : وفى ل : معين . ولعل الصواب : مغيباً .
(٢) ساقط من ف . (٣) ف : فالحصول الدعوى معلوماً .
(٤) ل : غير . (٥) ل : خالف
(٦) ف : يكن كلها له . (٧) مزيد فى ل هنا : تدعى .

139 (١) أى مدرس شرح الجصاص . (٢) ف : ويحلف .
(٣) ف : حلف . (٤) ساقط من ف .
(٥) مزيد هنا فى ف ، ج : ويمكن الاقتصار على يمين واحدة .

على (٦) هذه الدعوى (٦) أولا ، بالله ما هذه الجارية التى يدعيها هذا الرجل باقية في يديك(٧) . فإن نكل عن اليمين(٨) لزمته دعوى المدعى فيؤمر بإحضارها ثم يُخاصم فيها على عينها . وإن حلف برىء من دعوى المدعى أن الجارية باقية ، فيخاصم // [ل ٣١ ب] حينئذ على الجارية الهالكة على ما بينا. لأن هاتين(٩) خصومتان (١٠) إحداهما كون الجارية المدعاة فى يده والثانية أن الجارية ملك له ، فيخاصم أولا فى كون الجارية باقية فى يده أو غير باقية ، فإذا فرغ منها حينئذ يخاصمه(١١) فى كونها ملكا له أو ليست ملكا له .

140 فصل(١)

قال : { وإن ادعى أنه اشترى من هذا هذه الضيعة التى حدّها الأول إلى كذا والرابع أو الدار التى حدّها (٢) الأول كذا والرابع (٢) أو الجارية التى صفتها(٣) كذا وسمى الثمن وأنكر المدّعى عليه أن يكون باعه وأراد استحلافه على ذلك فإن أبا يوسف قال : إن قال المدعى عليه ما بعت هذه الضيعة ولا هذه الدار ولا هذه الجارية حلفته (٤) : بالله(٥) ما بعته ذلك بهذا الثمن الذى ادعى. ولم يجعل أبو يوسف هذا كالغصب والقرض ، إنه لم يحلّفه على أصل القرض والغصب وإنما حلّفه على ثبوت الدين والقرض(٦) فى حال الدعوى ، وكذلك فى الغصب ، وأوجب اليمين فى البيع على(٧) أصل العقد } .

---

(٦) ف : هذا .
(٧) مكرور فى ل : يدعيها هذا الرجل .
(٨) ل : الدعوى .
(٩) ف : هذين.
(١٠) فى ل : هنا مقطع غير مقروء كذا . كذ .
(١١) ف : يخاصم .

140 (١) هذا العنوان فى ف ، ج : فقط .
(٢) ل : كذا : كلمة الرابع هنا تفيد وصف الحدود من الحد الأول إلى الرابع .
(٣) ل : يصفها .
(٤) ف حلفه .
(٥) ساقط من ف .
(٦) ساقط من ل .
(٧) ف : ل .

141 (١) قال الشيخ رحمه الله (١) : والفرق بينهما أن القرض والغصب ليسا بعقد والمدعى هو ثبوت الضمان ، فيحلف على ثبوت (٢) الضمان فى الحال ، وأما البيع فهو عقد ، فإذا كان الشيء المدعى ها هنا عقداً جاز له الاقتصار على أصل العقد ، وإن كان (٣) يجوز أن يلحقه الفسخ (٤) بعد صحته لأن الفسخ (٤) يكون عقداً ثانياً . فما (٥) لم يعرض المدعى عليه (٦) للقاضى بذلك (٦) لم يعدل عن اليمين (٧) على أصل العقد . فاذا عرض له وقال : قد يبيع الرجل الشيء ثم يرجع إليه بإقالة أو فسخ بيع بوجه من الوجوه وأنا أكره (٨) أن أُقر بشيء عندك أيها القاضى فيلزمنى به حكم ، فإن القاضى يستحلفه : بالله ما بينك وبين // [ف٣٢أ] هذا الرجل بيع تام (٩) قائم الساعة فيما ادعى عليك ؟ كما قلنا فى القرض والغصب. وقال الحسن بن زياد : أحلِّف المدَعى عليه على هذا الكلام الأخير عرض الخصم أو لم يعرض ، كما قالوا فى القرض والغصب . قال صاحب التعليق (١٠) : وهذا أحوط للمدَعى عليه لأن فى اليمين على الأصل حيفاً على المدَعى عليه وميلا إلى المدعِى . ولا ينبغى للقاضى أن يميل إلى أحد الخصمين دون صاحبه (١١) ويجب عليه التسوية بينهما فى الحكم . ومسائل هذا // [ل ٣٢ أ] الباب تدل على أنه لا فرق بين البيع وبين الغصب والقرض فى هذا لأنه (١٢) قد ذكر بعد (١٢) هذا مسائل سوّى فيها بين العقود وغير العقود فى إيجاب اليمين إذا كان الشيء مما يجوز إبطاله بوجه من الوجوه ، فلا فرق إذا بين البيع والغصب. وإن على القاضى أن يحتاط فى ذلك ويفعل ما هو أحوط لحقوقهم . فإذا كان

---

141 (١) ساقط من ل .
(٢) ف : وجوب .
(٣) ل : كان قد .
(٤) ل : اللسخ .
(٥) ل فيا ج : فلما .
(٦) ساقط من ف .
(٧) ف : الشىء .
(٨) غير واضحة فى ل .
(٩) ساقط من ف .
(١٠) لعله مدرس الشرح .
(١١) ف : الآخر .
(١٢) ساقط من ل .

كذلك قلنا فى مسألتنا إنه يحلفه إن شاء : بالله ما هذه الدار شراء لهذا الرجل[١٣] الساعة بما ادّعى من الثمن [١٤] وإن شاء حلفه : بالله ماهذا البيع الذى ادعاه عليك فى هذه الدار قائم له فيها الساعة بهذا الثمن الذى ادعاه[١٤] . واللفظان جميعاً مرويان عن الحسن [١٥] بن زياد[١٥] . واللفظ الأول قبل التعريض وبعده مروىٌ عن أبى يوسف .

142 مسألة [١]

قال : { وإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً ، أو ادعت جارية أن مولاها أعتقها ، أو ادعت امرأة نكاحا على رجل وادعت صداقها ، أو رجل ادعى على امرأة أنها امرأته ، وأراد المدعى أن يحلف عليه ، [٢] كيف يحلفه؟ قال : أما[٢] فى الطلاق فإنه يحلف الزوج : بالله ما طلقها ثلاثاً فى هذا النكاح الذى تدعى أنك مقيم معها عليه . وإن شاء حلفه : بالله ما هى طالق منك ثلاثاً كما[٣] ادعت . وقال الحسن : يحلفه : بالله ما هى بائن منك اليوم بثلاث تطليقات على ما ادعت . وإن ادعت واحدة حلفه : بالله ما هى طالق منك اليوم واحدة [٤]على ما ادّعت . وإن شاء أسقط اليوم وحلفه : بالله ما هى طالق منك واحدة[٤] }. فذكر هاهنا اليمين على أصل[٥] الطلاق وقيده[٦] بهذا النكاح إذا شاء ، وإن شاء حلفه على بينونتها منه فى حال الدعوى . ولم يعزه إلى أبى يوسف . ثم ذكر قول الحسن على مابيّنا . وكل واحدة من هذه الألفاظ يجوز الاقتصار عليها ها هنا ، لأنه إذا حلف بالله ما طلقها ثلاثاً فى هذا النكاح الذى يدعى أنه مقيم معها عليه ،

---

(١٣) ساقط من ف .
(١٤) ل : على ما ادعاه .
(١٥) فى ل : فقط .

142 (١) فى ل : فقط .
(٢) ل : فأن .
(٣) ف : بما .
(٤) ساقط من ل .
(٥) عوضاً عن هذه الكلمة فى ل : عل الحسن على ما .
(٦) ف : وبعده .

لم يقدر يحلف على ذلك وهى بائنة منه فى الحال ، إذ قد حلف أنه لم يطلقها فى هذا النكاح / / [ف ٣٢ ب] الذى هو مقيم معها عليه(٧ فإن كان قد طلقها قبل ذلك كاذبا فلا يجوز الاقتصار على الحلف بالطلاق فحسب (٧ .

وأما ذكر النكاح الذى هو مقيم معها عليه فلأنه يجوز أن يكون قد طلقها قبل هذا النكاح ثم تزوجها ، فإذا حلفناه على الطلاق فقط لم يقدر أن يحلف عليه وإن كانت // [ل ٣٢ ب] غير بائنة منه فى الحال فيكون فى ذلك حيف على الزوج ، فلا بد من ذكر النكاح المقيم معها (٨) عليه . وأما الحلف على الطلاق (٩ فى الحال ٩) فهو يَبْنِيه على ما قال، وهو أقطع للتهمة ، وليس فيه(١٠) خلاف بينهم أنه جائز مختار للخصمين جميعاً . وأما العتق فى الأَمَةِ فهو مثل الطلاق سواء (١١) ، وكذلك العتق فى العبد الذّمى ، لأن هذه الحرية يجوز أن يطرأ عليها(١٢) الرق بالردة والسبْى فى الجارية (١٣ وبنقض الغلام الذمى العهد١٣) (١٤ ويلحق الدار فيسبى ١٤) فيكون(١٥) مثل الطلاق الذى (١٦) يبطل حكمه بنكاح مستقبل فيحلف على كون الحرية فى الحال أو على وقوع العتق فى الملك الذى هو مقيم عليه على ما قلنا فى الطلاق . وأما إذا كان الغلام المدعى للعتق مسلماً فإنه يجوز الاقتصار على اليمين فى أصل العتق لأن حرية المسلم لا يطرأ عليها الرق (١٧ ولا يجوز ١٧) استرقاقه بالردة والسبى ، وإثبات العتق مرة واحدة يوجب ثبوته فى جميع الأحوال . فإن شاء حلفه بالله ما أعتقه على ما ادعى من

---

(٧) ساقط من ف .

(٨) ساقط من ف .

(٩) ساقط من ل .

(١٠) ف : فى هذا اللفظ .

(١١) ساقط من ف .

(١٢) ف : عليه .

(١٣) ف : وبنقض العهد فى الغلام الذى .

(١٤) ساقط من ف . ولعل المعنى : رجوعه إلى دار الحرب فيسبى بعد ذلك .

(١٥) ف فصار .

(١٦) مزيد هنا فى ف ، ج : يجوز أن .

(١٧) ف إذا لم يجز .

(١٨ غير تقييد ١٨) كالملك ولا غيره ، وإن شاء حلّفه بالله ما هو حر الساعة على ما ادعى . وكلا (١٩) اللفظين جائز (٢٠) ، يجوز الاقتصار على كل واحد منهما دون الآخر .

143 قال : { وأما فى النكاح فإنه يحلف الزوج بالله ما هذه المرأة امرأتك بهذا النكاح الذى ادعت ولا لها قِبلك هذا الصداق الذى ادعت وهو كذا وكذا ولا شىء منه . ويحلف المرأة : ما هذا زوجك على ما ادعى }. وهذا قول أبى يوسف ومحمد لأنهما يريان اليمين فى النكاح ، (١فأما على قول أبى حنيفة فإنه لا يحلف عليه لأنه لا يرى جواز النكاح باليمين ١).

144 (١ قال : { ويحلف فى الإجارة ١): بالله ما بينك وبينه إجارة فى هذا الذى ادعى قائمة تامة لازمة (٢) اليوم ولا له قِبلك فيها حق بالإجارة التى وصف(٣) { لأن النكاح والإجارة يجوز عليهما البطلان فيُحلف على ثبوتهما فى الحال كما قلنا فى الطلاق والغصب والقرض(٤) والبيع ونحوها (٥) . { وإن كانت الدعوى فى القصاص يحلف على الحال أيضاً : بالله ما له عليك دم ابنه(٦) فلان ، أو دم عبده فلان ، أو دم وليه فلان ، ولا له قِبلك حق بسبب هذا الدم الذى ادعاه ولا يحلفه : ما قتلت ابنه (٧) ولا عبده } ، لأن الرجل قد يقتل الرجل بحق من جهة قصاص وجب له (٨) عليه ، أو يقتله فى حال الردة،

---

(١٨) ف : عين نفسه ، ج : غير تفسير وهنا زيد فى ل مقطع غير مقروء .
(١٩) ساقط من ل . (٢٠) ساقط من ف ، ج .

143 (١)ل : وأبو حنيفة لا يرى ذلك .

144 (١) ل : وأما فى الإجارة فإنه يحلف .
(٢) ل : تلزمه . (٣) ف : وصفت .
(٤) ساقط من ل . (٥) ساقط من ف .
(٦) ل : أبيه . (٧) ف : أباه .
(٨) ساقط من ل . (٩) ساقط من ف .

لأن القصاص يجوز عليه // [ف٣٣ أ] البطلان بالعفو والصلح. //[ل ٣٣ أ] وهذا المعنى يدخل فيه الصبي وغيره ، والمعنى الأول خاص بالبالغين المكلفين دون غيرهم ، لأن الصبي لا يقتل بالردة ولا يقتص منه (٩) بالقتل ، والذى يسقط عن قاتل الصبي القود ، والعفو أو الصلح من وليه .

145 قال (١) : { وأما إذا كان القصاص فيما دون النفس فإن الولىّ وإن لم يملك عفو القاطع ليد الصبي عن القطع (٢) فإنه يجوز صلحه عنه على مال ، فيجوز البطلان عليه من هذه الجهة } . فلذلك يحلف (٣) فيما دون النفس فى الجناية على الصبي على ثبوت الحق فى حال الدعوى قال (٤) : { وأما إذا كانت الجناية خطأ فإن المدعى هو المال ، فيُحلَّف : بالله ما لفلان هذا عليك هذا الحق الذى ادعى (٥) من هذا الوجه الذى ادعاه ولا شىء منه . ويسمى الدّية والأرش عند (٦) اليمين . } (٧ كذا قال الخصاف ٧) ، وذكر { قول أبى يوسف } بعد هذا { أن كل حق يجب على غير المدّعى عليه مثل قتل الخطأ فإنى أستحلف المدّعى عليه : بالله ما قتلت ابن هذا فلاناً ، وفى الشجّة أستحلفه: بالله ما شججت هذا (٨) هذه الشجة (٩ لأنى لا آمن ٩) أن يتأوّل أن الحق فى ذلك إنما يجب على العاقلة . فإذا حلفته : بالله ما له قِبلك هذا الحق ولا شىء منه فحلف عليه على ذلك التأويل (١٠ فهو صادق ، وما كان يجب عليه ، فإن أحلفه على ما فسرنا ١٠) } .

---

(٩) ساقط من ف .

145 (١) ساقط من ل .
(٢) ل : القاطع .
(٣) ف ، ج : لم يحلف .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ف : ادعاه .
(٦) ف : غير .
(٧) فى ف : فقط .
(٨) ساقط من ل .
(٩) ف : لأنه لا يأمن .
(١٠) ف : كان صادقاً .

146 (١) قال الشيخ : والأمر على ما قال أبو يوسف (١) لأنّ المدّعى عليه صادق فيما يحلف إذ الشىء على غيره . فقلت(٢) له : إذا حلفه القاضى : ولا شىء منه ، لم يقدر أن يحلف أيضاً على ذلك لأنه (٣) كواحد من العاقلة وقد لزمه بعض الدية فليس يقدر أن يحلف على أن لا شىء عليه . فقال الشيخ(٤) : ليس يُقتصر فى الدعوى على ذلك القدر اليسير . ألا ترى أنه لو أقرّ بذلك القدر لم يبرأ من دعوى المدعى حتى يحلف ؟ والصواب أن يحلف على ما قال أبو يوسف لأنه إذا ثبت القتل عليه وجبت الدية ، قلت له : والذى قال أبو يوسف أيضاً فيه حيف على المدعى عليه لأنه قد يقتل الرجل الرجل (٥) خطأ فتبرأ عاقلته من الدية بالعفو والبراءة ، (٦) فقال : هذا أيضاً لا يمكن اعتباره لأنا لو اعتبرنا ذلك أدّى إلى إسقاط الحقوق وذلك لا يجوز(٦) .

147 قال : ولو أن امرأة ادّعت على زوجها أنه حلف بطلاقها ثلاثا أنه لا يدخل هذه الدار وأنه دخلها بعد اليمين ، وسأل // [ل ٣٣ ب] القاضى الزوج(١) عن دعواها ، فإن قال الزوج : قد حلفت بطلاقها ثلاثا أنى لا أدخل هذه الدار ولم أدخلها بعد اليمين ، حلّفته(٢) : بالله ما دخلت هذه الدار بعد ما حلفت بطلاق امرأتك هذه ثلاثا أن لا تدخلها . وإن قال ما حلفت بهذه اليمين ولا دخلت هذه الدار حلفته بالله يميناً واحدة : (٣) ما هذه (٣) المرأة بائن منك بثلاث تطليقات على ما ادعت . فإن // [ف ٣٣ ب] قال : لم أحلف بهذه اليمين وأما الدار فقد دخلتها ، حلّفته(٤) : بالله ما حلفت بطلاق امرأتك

---

146 (١) ساقط من ف .
(٢) ل : فقيل . المتحدث هنا أحد تلامذة الجصاص .
(٣) ل : لأن الرجل . (٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ف . (٦) ف ، ج : فقط .

147 (١) ساقط من ف (٢) ف : حلف .
(٣) ساقط من ل . (٤) ف ، ج : أحلفه .

هذه ثلاثا أن لا تدخل هذه الدار قبل أن تدخلها } . وجملة الأمر فى هذا أن المطلوب من هذه الدعوى الطلاق من جهة اليمين . فإن اعترف باليمين وأنكر وجود الشرط حلف على وجود الشرط المعلق به الطلاق. وإن اعترف بالشرط وأنكر اليمين حُلـّف على أصل اليمين.وإن أنكر الأمرين جميعاً حُلـّف على وقوع الطلاق من جهة اليمين التى ادعت المرأة لتتوصل المرأة بذلك إلى حقها . وإن شاء حلفه فى هذا كله : بالله ما هذه المرأة طالق[٥] منك ثلاثا بهذه اليمين التى ادعت ، لأنه لا يأتى بهذا على ما تريد المرأة[٦] ، [٧] والعتق فى الأمة والعبد الذّمى مثل هذا ويقع اليمين على الحال والعتق ها هنا لا يجوز عليهما الفسخ فصار مثل سائر الحقوق التى بيّـنا[٧] .

148 قال : { ولو اختلف البائع والمشترى فى مقدار[١] الثمن فإنهما يتحالفان ويبدأ بتحليف[٢] المشترى فيحلـّفه على دعوى البائع ، فإن نكل عن اليمين لزمه دعوى البائع . وإن حلف استحلف [٣]البائع على[٣] دعوى المشترى فإن نكل عن اليمين لزمه دعوى[٤] المشترى ، وإن حلف برىء من دعواه } . وقد بينا هذه المسألة فى غير موضع من الأصول قال : { ولا ينقض القاضى البيع بينهما بعد التحالف حتى يطلبا[٥] ذلك أو يطلبه أحدهما } ، لأنه يجوز[٦] أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويصدقه فيمضى البيع بتصادقهما عليه .

149 فصـــل

قال : { ولو كان المدّعى ادّعى نكاح الصغيرة على الأب وأنكر الأب

---

(٥) ل : طالقاً .
(٦) ف : الأمة .
(٧) ساقط من ل .

148 (١) ساقط من ف .
(٢) ف : باليمين . ج : بيمين .
(٣) ساقط من ف .
(٤) ف : حق .
(٥) ب : يطلب .
(٦) ساقط من ف .

ذلك استُحلف[١] الأب على دعواه عند أبي يوسف ومحمد . وإن كانت كبيرة لم يستحلف[٢] عندهم جميعا { لأنه إذا كانت المنكوحة صغيرة فإقرار الأب عليها بالنكاح جائز ، فيجوز أن يؤخذ بالنكول عندهما . وإن كانت كبيرة لم يجز إقرار الأب عليها في النكاح // [ل ٣٤ أ] وكذلك لا يؤخذ بالنكول عندهما أيضاً . { ولو كانت المنكوحة أمة المدعى عليه استُحلف على دعوى الزوج عندهما { ، لأن إقراره جائز عليها بالنكاح . { قال محمد : ولو أن رجلا حلف بعتق عبده أن[٣] لا يزني أبداً فقدمه العبد إلى القاضي فقال : إن هذا حلف بعتق أن لا يزني أبدا وإنه قد أتى الذي حلف عليه بعد يمينه وقد حنث وعتقت فاستحلفه على ذلك ، فإن القاضي يحلف المولى : ما زنيت بعد ما حلفت بعتق عبدك هذا الأرمني[٤] ، فإن نكل عن اليمين عتق[٥] عليه الغلام ، وإن حلف [٦] لم يكن شيء[٦] { . وقد بينا مسئلة اليمين بالعتق فيما // [ف ٣٤ أ] تقدم . وهذه مثل تلك إلا أن ها هنا جعل شرط العتق الزنا وهناك الدخول ، فيحلف[٧] على وجود الشرط ، فإن حلف برىء وإن نكل [٨] عن اليمين[٨] لزمه العتق .

150 [٢] قال الشيخ[١] رحمه الله : أليس يكون العبد قاذفا بهذا ؟ قال : نعم ، لأنه وإن لم يصرح بالقذف بالزنا قد أتى بما يكون به قاذفا ، لأن قوله : قد أتى الذي حلف عليه — والمحلوف عليه هو الزنا — فقد قذفه بالزنا[٢] .

---

149 (١) ل : استحلفه .
(٢) ل : يستحلفه عليه .
(٣) ساقط من ل .
(٤) ل : الأمر لي .
(٥) ف : أعتق .
(٦) ف : فلا شيء عليه .
(٧) ل : فيحالف .
(٨) ساقط من ل .

150 (١) أحد تلاميذ الجصاص ومدرس هذا الشرح .
(٢) ل : فان قيل أليس العبد قد صار صادقاً لمولاه بهذا القول ، قيل له فان قيل نعم فكون قاذفاً بهذا القول وان يصرح بالزنا فانه قد أتى بما يكون به قاذفاً لأن قوله قد أتى الذي حلف عليه إنما هو الزنا فقد قذفه .

ألا ترى أن رجلا لو قال لرجل : أنت زان ، فقال رجل آخر : صدقت ، إن المصدّق له يكون[٣] قاذفا مع الآخر أيضا ، وللمقذوف أن يطالب كل واحد منهما بحد القذف وإن لم يصرح المصدق بالزنا ؟ كذلك هذا[٤] . [٥] إلا أن غرض محمد غير الحد فلذلك لم يبين حكم القذف. وحكمه أن المدعى عليه العتق إن حلف على دعوى العبد برىء من دعواه وله أن يطالب بحد القذف ، وإن نكل عن اليمين عتق العبد ولم يكن له أن يطالب العبد القذف لأن النكول يقوم مقام الإقرار ، فلا يجب على قاذفه الحد مع حكمنا بوجود الشرط ، وهو الزنا ، وإن لم يجب عليه حد الزنا لأن حد الزنا لايجب عليه باقراره ، فالنكول ليس بأكثر من إقراره مرة واحدة ، فلا يجب على المولى بهذا حدُّ الزنا[٥][٦] .

151 مسئلة[١]

{ [٢]ولو أن رجـــلا[٢] اشترى من رجل جرابا هرَوِيّا[٣] على أنه عشرة أثواب وقبضه المشترى فوجده أحد عشر ثوبا ، ثم اختلفا فقال البائع : بعتك هذا الجراب على أنه فيه عشرة أثواب // [ل ٣٤ ب] بمائة درهم ، وقال المشترى : بل اشتريته منك على أن فيه احد عشر ثوباً بمائة درهم ، فأراد كل

---

(٣) ساقط من ف . (٤) ف : ما ذكرنا مثله .

(٥) هذه الفقرة مضطربة فى ل وهى هكذا : إلا أن محمدا لم يبين هذا لأن غرضه كان غير ذلك عتق العبد وإن نكل عن اليمين يعنى المولى ولم يكن له أن يطالب العبد لأن بالحد لأن النكول يقوم مقام الاقرار فان حلف على دعوى العبد برىء من دعواه وله أن يطالبه بحد القذف ولا يجب على المولى حد إذا نكل لأن النكول لا يكون أكثر من اقراره مرة واحدة ، ولو أقر مرة واحدة لم يجب عليه الحد وكذلك هذا .

(٦) مزيد هنا فى ف ، ج : جملة تناقض فى المعنى ما سلف وهى : ولهأن يطالب العبد المعتق بحد القذف .

151 (١) هذا العنوان فى ف ، ج : فقط. (٢) ل : وقال رجل .
(٣) ف : مروياً .

واحد منهما أستحلاف صاحبه على ما ادعى ، فإن القاضى يحلّف البائع : بالله ما باعه هذا الجراب على أن فيه أحد عشر ثوباً بهذا الثمن الذى ادعى . فإن حلف على ذلك رد المشترى على دعوى البائع ، وإن نكل عن اليمين لزمه دعوى المشترى [. ولا يشبه هذا اختلاف البائعين فى البيع أو الثمن وإذا لم يدّع واحد فساد البيع وإنما اختلفا فى السلعة والثمن [(٤)] . إنهما يتحالفان ويترادّان ويبدأ بيمين المشترى ، [(٥)] ولا يشبه هذا أيضا دعوى أحدهما فساد البيع والآخر صحته . إن القول قول من يدعى الصحة[(٥)] وذلك لأن يمين المشترى ليس للبائع فيها حق فى صحة البيع .وفى مسئلتنا أن[(٦)] المشترى لو نكل عن اليمين لزمه بيع عشرة أثواب من أحد عشر ثوبا ـ وهى مجهولة ـ فيفسد البيع ولا يستحق البائع عليه الثمن[(٧)] ، وإن حلف برىء من دعوى البائع // [ف ٣٤ ب] ولا يستحق البائع عليه شيئا من الثمن بهذه اليمين . [(٨)] وفى مسئلة اختلاف البائعين إذا لم يدع واحد منهما فساد البيع يكون للبائع حق فى يمين المشترى[(٨)] ، لأن المشترى متى نكل عن اليمين لزمه البيع بما قال البائع فيجب عليه نقد الثمن إلى البائع . فلذلك حلّف المشترى هاهنا ، ولم يحلف فى مسئلتنا . وأما الفرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة دعوى أحدهما الفساد والآخر الجواز أن مدّعى الفساد لم يدع هناك بدعواه [(٩)] شيئا غير[(٩)] فساد العقد ليعود الشىء إلى ملكه على ما كان عليه . وفى مسئلتنا : البائع وإن ادعى فساد البيع ببيعه[(١٠)] عشرة أثواب من أحد عشر ثوباً ، فإنه يدعى أن الثوب الحادى عشر لم يخرج من ملكه ولم يبعه فلايجوز أن يجعل القول قول المشترى ويحكم على البائع ببيع ثوب لم يعترف ببيعه . فلذلك قلنا فى مسئلتنا ان [(١١)] قول المشترى غير مقبول[(١١)] وان ادعى صحة البيع ، وقلنا فى مسئلة دعوى أحدهما فساد البيع ان القول قول من يدّعى الصحة .

---

(٤) ف : واليمين . (٥) ساقط من ف .
(٦) ف : لأن . (٧) ف : لا شىء من الثمن .
(٨) ل : ولا يكون له فى ذلك حق وفى يمين المشترى .
(٩) ل : شياعة . (١٠) ل : من بيعه .
(١١) ف : القول لا يكون قول المشترى .

152 مســـئلة

{ ولو أن رجلا فى يديه عبد // [ل ٣٥ أ] أو دابة[١] أو عرض من العروض وادعاه رجلان ، كل واحد منهما يقول . هو لى ، وقدماه جميعاً إلى القاضى ، فسأله القاضى عن دعواهما فأقر بذلك لأحدهما وجحد الآخر ، فأراد[٢] القاضى استحلافه على دعواه ، فإن الخصم فى ذلك المقر له[٣] به } .

153 قال الشيخ : هذا النوع من المسائل على ثلاثة أوجه منها أن يكون الشىء فى يده على غير وجه الوديعة والغصب[١] فيكون القول قول من فى يده الشىء[٢] ولا يلزمه الضمان فى قولهم جميعاً . ومنها أن يكون الشىء فى يده على وجه الوديعة[٢] فإذا أقر به لأحدهما دون الآخر ضمن قيمته الآخر إذا نكل عن اليمين وتسلم العين إلى المقر له عند محمد ، وعند أبى يوسف لا يضمن لغير المقر له شيئاً كما قال فى المسئلة الأولى . ومنها أن يكون الشىء فى يده غصباً فإذا أقر به لأحدهما يجب عليه تسليمه إليه ويضمن قيمته للآخر إذا نكل عن اليمين عندهم جميعاً . أما وجه المسئلة الأولى وهى التى يكون الشىء فى يده على غير وجه الوديعة والغصب مثل أن يموت الرجل فيترك وديعة إنسان فى يد وارثه فلا يكون الوارث مودَعاً لأن صاحب الوديعة لم يستحفظه ، ومثل ثوب ألقته الريح فى دار إنسان ، إنه يكون فى يد صاحب الدار لا على وجه الوديعة والغصب ، فيجوز إقراره به لأحدهما [٣] دون الآخر[٣] فلا يلزمه للآخر شىء ولا يمين عليه أيضاً مالم يطلب الآخر يمينه من وجه آخر عندهم جميعاً . وذلك لأن الأيدى فى الأموال[٤] // [ف ٣٥ أ] إنما هى على أحد وجهين : أمانة

---

152 (١) ف : جارية . (٢) ل : فأراد من .
(٣) ساقط من ل .

153 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .
(٣) ساقط من ف . (٤) ف : الأصول .

وضمان . فيد الأمانة لاتضمن (٥المؤتمن ضمان الشيء في يده٥) إلا بالمخالفة أو تضييع الحفظ ، ويد الضمان يكون الشيء مضموناً عليه ما لم يرتفع القبض أو يبرئه صاحبه من الضمان . ومسئلتنا قد خلت من هذين الوجهين جميعاً(٦) لأن الشيء ليس في يده على وجه الأمانة حتى يكون ضامنا بتضييع الحفظ عند إقراره به للغير ، لأن صاحب الشيء لم(٧) يجعله أمينا وحافظا له فلا يكون مضيعا للحفظ بإقراره للغير ، فلذلك لم يلزمه للآخر شيء .

154 وأما مسئلة الوديعة فعلى الخلاف : جعلها أبو يوسف مثل هذه المسئلة فلا يَلزَم المـقِر للآخر بشيء ، وجعلها محمد مثل الغصب في باب وجوب الضمان للآخر وجه قول أبي يوسف اتفاقهم//[ل٣٤ب]في المسئلة الأولى على أن الذى في يده الشيء لم يلزمه للآخر بإقراره به للأول . والمعنى فيه أنه أقرّ في مال الغير ، والإنسان لا يضمن بإقراره في مال الغير وإنما(١) ضمن بالتسليم . ألا ترى أن زيداً لو كان له في يد عمرو عبد فأقر به لخالد لم يلزمه شيء ، ولو أخذه وسلّمه إلى خالد لزمه ضمانه(٢)؟ فقد بان لك أن الإنسان لا يضمن بإقراره في مال الغير وإنما(٣) ضمن بالتسليم . في مسئلتنا هذه لم يكن من المـقِرّ أكثر من القول فلا يجوز أن يضمنّه قيمة العين للآخر بالقول بدلالة إقراره بما في يد الغير لغيره وبإقراره بما في يده على غير وجه الوديعة والغصب لغيره . وأما محمد فإنه ذهب إلى أن المودَع قد ضيع الحفظ [للثاني(٤)] حين أقر بالوديعة للأول ، والمودَع يلزمه (٥ضمان الوديعة٥) بتضييع الحفظ عندهم جميعا ، لأنه ضمن حفظ الوديعة حين قبلها . فإذا كان كذلك(٦) يلزمه الضمان للثاني في هذه المسئلة من هذا

---

(٥) ساقط من ل .
(٦) ساقط من ل .
(٧) ف : لا .

145 (١) ف : إن .
(٢) ل : ضمان .
(٣) ف : إن .
(٤) في الأصل : الثاني .
(٥) ل : والضمان .
(٦) ساقط من ل

الوجه . وفى المسئلة الأولى لم يلزمه شيء لأنه لم يقبل من صاحبه حفظ الشيء إذا لم يستحفظه فى ذلك ، فلا يكون بإقراره به(٧) لغيره مضيعا لحفظ الشيء ، فلذلك افترقا .

155 وأما مسئلة الغصب(١) فإن الغاصب يضمن فيه(٢) قيمة العين للثانى إذا نكل عن اليمين أو أقر به للثانى عندهم جميعاً(٣) ، لأن ضمان الغصب يتعلق بنفس القبض دون الإقرار ، فهو لما اعترف بالعين للأول وجب عليه تسليمها إليه ، وعليه القيمة للثانى إذا نكل عن اليمين أو أقر بها للثانى ، لأن الثانى ادعى عليه ضمان العين بنفس القبض ، فإذا نكل عن اليمين صار معترفاً بأن الضمان الذى يجب(٤) عليه بالقبض لم(٥) يرتفع عنه إذ المغصوب لم يُرَدّ // [ف٣٥ب] (٦على صاحبه٦) ، وضمان الغصب لا يرتفع إلا برد العين أو قيمتها إلى صاحبها(٧) . وأما مسئلة الوديعة فإن المودع لم يكن قبضه(٨) الوديعة // [ل ٣٦ أ] مضمونا عليه ، فلا يكون اعترافه بالوديعة للثانى بعد الإقرار بها للأول اعترافا بوجوب الضمان عليه للثانى ، فقد سوّى بين الوديعة (٩والغصب فى الجواب وإن كان قد خالف بينهما فى المعنى لأنه أوجب على المُـقِرّ الضمان للثانى فى الوديعة٩) لتضييع الحفظ ، وفى مسئلة الغصب لإقراره بحصول الضمان عليه بنفس الغصب كما قال (١٠أبو يوسف١٠) . فإذا كان هذا على ما وصفنا وبان لك وجوه المسائل الثلاث كلها واختلافها فى المذهب رجعنا إلى مسئلتنا فقلنا إن المدعى ليس(١١) بينه وبين المقر خصومة ، وخصومته مع المقَر له بالشيء لأن المـقِر

---

(٧) ساقط من ل ، ج .

155 (١) ساقط من ل .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ساقط من ل .
(٤) ف : يتعلق .
(٥) ف : ولم .
(٦) ف : ما حبسه .
(٧) ل : صاحبه .
(٨) ف : قبض .
(٩) ساقط من ل .
(١٠) ل : عليه السلام .
(١١) ف : ليس له .

لو أقر له بالشيء الذى كان فى يده أيضاً لم يلزمه به شيء ، فلا فائدة فى خصومته إياه فى ذلك .

156 قال الخصّاف رحمه الله : { فإن قال الذى جحده للقاضى : إنما أخرجه من يدى بإقراره به لهذا ليدفع اليمين عن نفسه ، فحلّفه بالله مالى[١] قبله ولا عليه هذا المملوك ولا قيمته ، لأنه إذا أتلفه بإقراره وجبت لى عليه قيمته ، فإن القاضى يستحلفه له[٢] على ذلك } .

157 قال الشيخ : اعتلال الخصاف بأنه أتلفه بإقراره خطأ لأن عندهم جميعاً لا يكون ضامنا فى هذه المسئلة بإقراره بالشيء الذى فى يده للأول لما بينا ، وهذا التعليل خطأ . فقيل له . لم يأت الخصاف بهذا على وجه التعليل وإنما قال ذلك[١] حكاية عن الخصم ،[٢] لو قال الخصم[٢] : هذا ينبغى للقاضى أن يحلّفه . فقال : لو لم يكن عنده أن هذا يتعلق به الضمان للثانى ما أورده ولم يجعله حجة للخصم فى إيجاب اليمين على المقر ، وهذا ليس بشيء لأن اليمين لم يلزمه بهذا لما بينا من مذهبهم جميعاً وإنما لزمه[٣] لدعوى الخصم[٣] بضمان الشيء على المقر . ألا ترى أنه لو قال للقاضى : حلّفه بالله مالى قبله ولا عليه هذا المملوك ، وهو لا يطلب منه اليمين على هذا الوجه ، إلا وقد ادعى عليه الضمان بوجه من الوجوه ليس من جهة الإقرار ؟

158 قال : { ولو اعترف الخصم أن الشيء فى يده على وجه الغصب والوديعه لم يحلف القاضى المقر على دعوى الخصم } لما بينا أن المقر لا يلزمه شيء بإقراره به[١] للثانى إذا كان الشيء فى يده على غير وجه الوديعة والغصب.

---

156 (١) ل : لى . (٢) ساقط من ل .
157 (١) ساقط من ل : (٢) ساقط من ل .
(٣) ل : الدعوى .
158 (١) ساقط من ل .

159 فصل

قال : { ولو //[ف٣٦ أ] [ل ٣٦ ب] كان العبد في يده وجحدهما جميعاً فطلبا [١] منه اليمين [١] كل واحد منهما يقول [٢] : استحلفه لي ، يعني على كونه مضموناً [٣] ، فإن القاضي يحلّفه لكل واحد منهما على دعواه . فإن بدأ بأحدهما فذلك جائز . وإن تشاحّا [٤] في ذلك أقرع بينهما فمن خرج سهمه أولا بدأ به } .

160 قال الشيخ : وإن شاء بدأ بأحدهما إذا تشاحا [١] ولم يقرع بينهما لأنه لا يقدر على [٢] أن يحلفه لهما في حال واحدة ، والأمر إليه في قطع الخصومة ، ولا بد له من البداية بأحدهما فأيهما بدأ فذلك جائز . وأما القرعة فهي لتطييب [٣] نفوس الخصوم [٢] وزوال التهمة عن القاضي بالميل إلى أحدهما .

161 قال [١] الخصاف رحمه الله [١] : { فإن نكل عن اليمين لأحدهما فدفعه القاضي إليه فقال الآخر : استحلفه لي فإنما اختار هذا ليدفع اليمين عن نفسه بذلك ، فإن القاضي يستحلفه : بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهي [٢] كذا وكذا ، ولا أقل من ذلك } . أما اليمين فإنما يلزمه لدعوى الثاني بالضمان عليه أو نفس العبد على وجه الوديعة أو الغصب . وأما إذا لم يدع هذا [٣] فإنه لا [٣] يجب على المدعى عليه اليمين . فإذا [٤] حلفه : بالله مالهذا عليك هذا [٥] ، فالمراد به : عليك تسليم العبد ، لأن العين لا [٦] تكون مضمونة [٦] على الإنسان

---

159 (١) ف : يمينه . (٢) ساقط من ل .
(٣) مزيد هنا في ف ، ج : لما بينا . (٤) ل : تشاحنا .
160 (١) ل : تشاحنا . (٢) ساقط من ف .
(٣) ل : النفوس .
161 (١) ساقط من ل . (٢) ل ، ف : وهو .
(٣) ف : لم . (٤) ف : وإنما .
(٥) ف : العبد . (٦) ف : يكون مضموناً .

إلا على[٧] وجه ضمان القيمة أو تسليم العين ، فإن حلف فلا شيء عليه لأنه قد برىء من دعواه . وإن نكل عن اليمين ألزمه القاضى القيمة للثانى[٨] لأن النكول [٩] بذل للشيء [٩] المدعى به . وأما تقدير القيمة مع القيمة مع كون العبد معلوماً فلأن القيمة هى المدعاة إذا لم يكن عين العبد باقية ولا بد من مقدار الشيء [١٠] المدعى لتحصل [١٠] الدعوى [١١] معلومة دون مجهولة [١١] .

162 قال [١] الخصاف رحمه الله [١] : { ولو كان المدعى عليه قدمه [٢] الرجلان إلى القاضى فادعى كل واحد منهما العبد أو الأمة فأقرّ به لأحدهما أو نكل عن اليمين له ، فصار العبد للمقر له به [٣] أو الناكل [٣] عن يمينه ، فقال الآخر : حلّفه بالله ما هذا العبد لى ، فإنى لا أحلفه على ذلك لما بينا فيما تقدم } . وقد بين // [ل ٣٧ أ] الخصاف بهذا أن اليمين فى المسائل الأولى [٤] ، إنما وجبت على المدعى عليه لكون الثانى مدعيا للعبد على وجه الغصب والضمان . قال [٥] : { وحكم الأرضين والعقار وغير ذلك فى هذا [٦] كحكم العروض التى بينا حكمها } .

163 قال : { ولو قال كلّ واحد منهما : بعته هذا العبد بألف درهم ، أو ادعى أحدهما أنه باعه منه بألف درهم ، وقال الآخر : بمائة دينار ، // [ف ٣٦ ب] استحلفه لكلّ واحد منهما فإن نكل عن اليمين لهما لزمه لكل واحد منهما الثمن الذى ادّعاه } ، من قِبل أن قبض البيع [١] يشبه قبض الغصب لأن الشيء مضمون بنفسه فى [٢] يد المشترى للبائع [٢] ، كما هو مضمون على الغاصب

---

(٧) ساقط من ل .
(٨) ساقط من ف .
(٩) ف : بدل الشيء .
(١٠) ل : للمدعى لفصل .
(١١) ف : معلوم دون مجهول .

162 (١) ساقط من ل .
(٢) ل : لما جاء .
(٣) ف : والثانى بكل .
(٤) ف : الأول .
(٥) ساقط من ف .
(٦) ف : هذا الحكم .

163 (١) ف : الشيء .
(٢) ل : ضمان المشترى البديع .

المغصوب منه . فإذا ادعى كل واحد من المدعيين قبض الشيء على وجه البيع لزمه[٣] لكل واحد منهما اليمين على ما ادعاه . فإن حلف برىء ، وإن نكل [٤] عن اليمين[٤] لزمه دعوى صاحبه وهو جميع الثمن ، لأن المبيع مسلمٌ إليه فيستحق كل واحد من البائعين جميع الثمن ، وصار كأنه أقر لكل واحد منهما بشراء جميع العبد وقبضه منه ، فيحكم عليه لكل واحد منهما بجميع الثمن . فإن حلف لأحدهما ونكل عن اليمين للآخر برىء من دعوى المحلوف له ولزمه دعوى الآخر كما قلنا فى الغصب وسائر الدعاوى . وفى مسئلة الوديعة والعارية والغصب قد بينا فيما سلف ، وبينا الخلاف فى مسألة الوديعة ، والعارية مثلها[٥]. والذى معناه[٦] قول محمد دون قول أبى يوسف ، وقول أبى يوسف على ما بينا وعلته ما ذكرنا .

164 مسـئلة

{ ولو أن رجلا قدم رجلا إلى القاضى فادّعى أن له[١] عليه ألف درهم باسم رجل يقال[٢] له فلان بن فلان الفلانى ، وأن هذا المال له ، وأن فلان بن فلان الذى المال باسمه أقر بأن المال له وأن اسمه عارية له فى ذلك وأنه قد وكله بقبض ذلك والخصومة فيه ، فإن القاضى يسأل المدعى عليه عن هذه الدعاوى[٣] ، فإن أقر بجميع ما ادعى عليه[٤] المدعى أمره بدفع المال إليه . ولم يكن ذلك قضاء على الغائب } . والأصل فى هذا أن المدعى قد ادعى ها هنا ثلاثة أشياء ،

---

(٣) ف : يلزمه .　　(٤) ساقط من ل .

(٥) ل : معها .

(٦) ف : معنا فى الكتاب . لاستعمال كلمة معنى بمعنى أمعن أنظر قاموس دوزى ، والمعنى درسناه .

164 (١) ساقط من ف .　　(٢) ل : فقال .

(٣) ف : الدعوى .　　(٤) ساقط من ف .

أحدها(٥) إقرار الغائب بالمال له ، والثانى الوكالة // [ل٣٧ب] من جهة الغائب فى القبض والخصومة ، والثالث ثبوت المال على المدعى عليه الحاضر . فالقاضى إذا سمع هذه الدعاوى من المدعى لم يكن له بد من أن يسأل المدعى عليه عنها. فإن أقرّ للمدعى(٦) بجميع ذلك ثبتت الوكالة والخصومة(٧) فى قبض (٨الحق المدعى عليه٨) ، وإن لم يصدقه على الغائب لأن قول الإنسان مقبول على نفسه (٩ غير مقبول ٩) على غيره ، فتحت (١٠) إقرار المدعى عليه بالوكالة فى القبض للمدعى معنيان (١١) أحدهما على نفسه (١٢ والآخر على الغائب ، وهو مصدق على نفسه غير مصدق على الغائب . والذى على نفسه كون المدعى خصماً فى قبض المال منه ، والذى على الغائب أن المدعى أمينه وأن الغائب متى ماجاء لم يكن له سبيل عليه — أعنى على // [ف ٣٧ أ] المدعى عليه - ولا على المدعى لو هلك المال فى يده ١٢) فيصدقه (١٣) على نفسه بأن المدعى قد استحق قبض المال . (١٤ ولا يصدقه١٤) على الغائب . وأما تصديقه المدعى بإقرار الغائب له بالمال فلا معنى له هاهنا لأنه لايثبت (١٥الملك له ١٥) بهذا إذ هو غير مصدق على الغائب (١٦ فلا يكون لتصديقه فائدة وتحسين ١٦).

---

(٥) ساقط من ل .

(٦) ل ، ج : المدعى . (٧) ف : فى الخصومة .

(٨) كذا فى ف ، ج . وفى ل : حق هذا المدعى عليه . ولعل الصواب : الحق المدعى به .

(٩) ف . ولن لم يقبل .

(١٠) غير معجمة فى ل . وفى ف ، ج فيجب ولعل الصواب كما أثبتنا .

(١١) ل : معنيا .

(١٢) ل : وهو كون المدعى خصما فى قبض المال منه والثانى على الغائب فى أن المدعى أمينه وأن الغائب متى جاء لم يكن له سبيل على المدعى والمدعى عليه لو هلك المال فى يده .

(١٣) ف : فصدقناه على نفسه فإن . (١٤) ف : ولم اصدقه .

(١٥) ف : له ملك المال . (١٦) ساقط من ف .

165 قال : { وإن جحد الدعوى كلها فقال المدعى للقاضى : حلّفه ، فإن القاضى يكلف المدعى البينة على ما ادعى من إقرار الرجل بالمال ومن توكيله إياه بقبض [١] }.

كذا قال الخصاف ولم يكشف عن هذا الموضع بأكثر من هذا . [٢] هكذا ذكر فى الكتاب . قال الشيخ [٢] : يجوز الاقتصار على إقامة البينة على الوكالة من جهة الغائب لأن الذى يكلفه القاضى من البينة هاهنا لأجل إثبات نفسه خصما عن الغائب لأنه لو لم يثبت هذا لم يكن له أن يخاصم [٣] الذى عليه الدين [٣] فى إثبات المال ، لأن المدعى عليه إذا لم يقر للمدعى بالوكالة بالقبض لم يكن بينه وبين المدعى خصومة ، لأن رجلا لو جاء إلى رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب فى قبض ماعليه ، وأنكر المطلوب وكالته لم يكن بينهما خصومة حتى يثبت المدعى الوكالة ، فاذا أثبت الوكالة كان خصما فى القبض . كذلك مسئلتنا : // [ل ٣٨ أ] المدعى لا يكون خصما حتى يثبت الوكالة ، فإذا ثبتت الوكالة كان له أن يخاصم المدعى ويقيم عليه البينة فى إثبات المال المدعى ويستحلفه عليه ان لم يكن له بينة ، وليس يحتاج الى إقامة البينة على اقرار الغائب له بالمال فى هذا لأن القاضى لا يحكم له بالمال على الغائب وإن أقام البينة على ذلك [٤] لأنه غائب لا يصح القضاء عليه [٤] لأن البينة غير مقبولة على الغائب [٥] فلا اقرار [٥] مع غيبة المقر . [٦] فالذى يُحتاج [٦] فى الفصل الأول إنما هو اقامة البينة على اثبات [٧] الوكالة ، فإذا ثبتت الوكالة كلف حينئذ باقامة البينة على اثبات المال على المدعى عليه . فإذا أقام البينة على ذلك قضى على المدعى عليه بتسليم المال اليه ، ويكون هذا وكيلا للغائب فى الخصومة وقبض المال . وليس للغائب اذا

---

165 (١) ل : نفسه .
(٢) ف : وعندى أنه .
(٣) ف : المدعى عليه .
(٤) ساقط من ف .
(٥) ف : بالاقرار .
(٦) ل : أن لو .
(٧) ساقط من ل .

حضر أن يرجع على المدعى عليه بشيء من المال لأن القاضى قد قضى عليه بشيء من المال لأن القاضى قد قضى عليه بالتوكيل لهذا المدعى وان كان غائبا. وذلك أن[٨] من أصـل[٩] أصحابنا أن كل حق لا يصل الحاضر الى اثباته إلا بإثبات الحق على الغائب[١٠] فإن الحاضر يكون [١٠]خصماً عن الغائب فى اثبات الحق المدعى ويكون القضاء على الحاضر قضاء على الغائب .

166 قال الشيخ [١] رحمه الله : ولا أعرف بين أصحابنا خلافا فى هـذا ، فإذا كان كذلك قُبلت بينة الوكيل على اثبات المال على المدّعى// [ف٣٧ب] عليه وأُمر [٢] بتسليمه اليه وان لم يحكم [٣] له بالمال[٣] على الغائب .

167 فصل [١]

قال { وإن لم يكن للمدعى [٢] بيّنه على المال وأراد استحلاف المدعى عليه على ذلك فإن القاضى يحلفه : بالله مالفلان بن فلان الفلانى ولا باسمه عليك [٣]هذا المال الذى سماه فلان وهو ألف درهم ولا أقل منها }. أما استحلاف المدعى عليه[٣] على ثبوت المال فلأن المدعى قد أثبت لنفسه الخصومة فى ذلك حيث[٤] أقام البينة على الوكالة فى القبض ، فله أن يُحَـلِّـف المدعى عليه على دعواه إن لم يكن له بينة على ذلك . وأما قول القاضى : بالله مالفلان ولا باسمه عليك هـذا المال ، وان كان المدعى يدعى المال [٥] لنفسه ، فإنه لا يجوز الاقتصار على قوله بالله ما لهذا المدعى عليك // [ل٣٨ ب] شيء ، لأنه يقدر أن يتأوّل فى ذلك فيخرج من اليمين مع ثبوت المال[٦] المدعى عليه لأن الذى ولى عقد المداينة

---

(٨) ساقط من ل .
(٩) كذا فى الأصل ، والمراد : الاصول . (١٠) ف : كان الحاضر .
166 (١) لعل هذا هو مدرس شرح الجصاص. (٢) ف : ويؤمر .
(٣) ف : عليه بالملك .
167 (١) هذا العنوان فى ف ، ج ساقط . (٢) ل : المدعى عليه .
(٣) ساقط من ل . (٥) ف : حين .
(٥) ساقط من ف . (٦) ل : حال .

كان الغائب فيكون الدين له دون المدعى (٧ولو كان هذا وكيله فى القبض٧) . فإذا حلف : بالله مالهذا المدعى على شىء ، كان صادقاً فى ذلك (٨ فلهذا قلنا إنه يحلفه٨) : مالفلان الغائب ولا باسمه عليك (٩هذا المال٩) ، فيحتاط فى حق(١٠) المدعى من حيث لا يقدر أن يتأول عليه . وأما تقرير المال فلحصول الدعوى فى (١١معلوم دون مجهول١١) لأن الدعوى على مجهول والخصومة فيه غير مقبولة. فإن حلف برىء من دعوى المدعى والغائب جميعاً من هذه الجهة ، لأن المدعى خصم عن(١٢) الغائب إذ قد ثبتت الوكالة من جهته إلا أن يقيم المدعى أو الغائب بينة على ثبوت المال (١٣عليه فيقضى له١٣) بذلك لأن الحلف لا يدفع قبول البينة (١٤عليه بعده١٤) .

168 قال(١) : { وإن أقام المدعى البينة على الوكالة دون الإقرار بالمال فهو خصم } ، يعنى فى إثبات المال على المدعى عليه ، لما بينا ، { ويحلفه على ذلك أن من لم يكن له بينة عليه(٢) } لأنه خصم فى إثباته . قال : { فإن أقام بينة على الإقرار(٣) ولم يقم البينة على الوكالة فلا خصومة بينهما(٤) ، } يعنى فى إقامة البينة على المدعى عليه فى إثبات المال عليه للغائب لأن الوكالة لم تثبت فلا تثبت له الخصومة فى ذلك وعليه أن يثبت أولا الوكالة من جهة الغائب حتى يصير خصما فى إثبات المال (٥ثم يخاصم فى إثبات المال٥) وله أن يستحلف المدعى عليه : بالله ماتعلم أن الغائب قد وكلنى بهذا .

---

(٧) ف : وإن كان عقده له على وجه الوكالة .
(٨) ف : فيحلفه .
(٩) ساقط من ف .
(١٠) ف : فقد احتاط لحق .
(١١) ل : معلومة دون مجهولة .
(١٢) ل : على .
(١٣) ف ، بذلك فيقضى عليه .
(١٤) ساقط من ف .

168 (١) ساقط من ل .
(٢) ساقط من ل .
(٣) ف : إقراره .
(٤) ف : بين المدعي والمدعي عليه .
(٥) ساقط من ل .

169 (١)ذكر الخصاف قول أبي يوسف وحده . وقال الشيخ رحمه الله : هو قول أصحابنا(١) . فإن نكل عن اليمين يعني في الوكالة ، جعله القاضي خصماً // [ف ٣٨ أ] له في استحلافه على المال ، إن جحده ، وفي أخذه منه ، إن كان مقراً به ، ولم يكن ذلك قضاء على الغائب إلا أن يكون قد أقام البينة على إقرار الغائب له بالمال . أما جعل القاضي المدعى(٢) خصماً للمدعى عليه في استحلافه على إثبات المال ، وإن لم يقبل بينة على ذلك إن أقامها على الوكالة(٣) ، لأن المدعى هاهنا ليس بخصم عن الغائب في حق الغائب // [ل ٣٩ أ] وإن كنا قد جعلناه خصماً مع المدعى عليه لأن نكول المدعى [عليه] عن اليمين في الوكالة(٤) لا يلزم الغائب وصار كأنه أقر للمدعى بوكالة عن الغائب فيقبل إقراره على نفسه وإن لم يكن(٥) يقبل على الغائب(٦) . وليس كذلك إثبات الوكالة بالبينة لأنه حينئذ يكون وكيلا عن الغائب إذ البينة مقبولة على الوكالة مع غيبة الموكل ويكون ذلك قضاء عليه بالوكالة . فاذا كان كذلك قلنا إن الوكالة إذا ثبتت بالبينة كان الوكيل خصماً عن الغائب في إثبات المال على المدعى عليه بالبينة وباليمين جميعاً ، وإذا ثبتت الوكالة بنكول المدعى عليه عن اليمين أو بإقراره فإن الوكيل لا يكون خصماً في إقامة البينة على المدعى عليه في إثبات الحق وله أن يستحلفه على ذلك لأن البينة لا تقبل إلا على خصم حاضر ، والمدعى ليس بخصم هاهنا عن الغائب إذا لم يثبت الوكالة من جهة الغائب بالبينة وإنما تثبت فيما بينه وبين المدعى عليه بإقراره أو نكوله عن اليمين . واليمين يجوز أن تقبل لأن اليمين ها هنا حق للمدعى على المدعى عليه لأنه لو(٧) أقر بما ادعاه(٧) كان يلزمه تسليمه إليه . فإذا كان له فيها(٨) حقاً كان له استحلافه على ذلك .

---

169 (١) ل : وهذا قولهم جميعاً .
(٢) ل : المدعا .
(٣) ف : بينة الوكالة .
(٤) ل : الزكاة له .
(٥) ساقط من ل .
(٦) في ل هنا مزيد : يتلوه .
(٧) ل : لزما ادعي .
(٨) ساقط من ل .

170 قال الشيخ[١] : نظير هذا ما قالوا فى الرجل إذا ادعى داراً فى يد رجل وحددها الحدود الأربعة ووضعها وادعى أنها له ، فأقر المدعى عليه بكون الدار فى يده ولم يقر له بالملك ، فأراد المدعى إقامة البينة على كونها ملكاً له ، فإن القاضى لا يلتفت إلى بينته فى هذا حتى يقيم البينة على كون الدار فى يدى المدعى عليه وإن أقر المدعى عليه بذلك لأن المدعى عليه ليس بخصم فى قبول البينة عليه وإن قبل إقراره على نفسه ، لأنه[٢] يجوز أن يكون هذا حيلة منهما حتى يقضى القاضى للخارج بالدار بالبينة فيكون ذلك قضاء على صاحبها إن قبلت[٣] بينته . فلذلك لم يقبل بينة المدعى على كون الدار ملكاً له ، وله أن يحلّف الذى الدار فى يده : بالله ما تعلم // [ل ٣٩ ب] أن هذه الدار لى ، لأن نكوله وإقراره بذلك لا يعدو إلى غيره وإنما يلزمه فى نفسه ، وغيره إذا ادعى وأقام البينة على ملك[٤] الدار كان أولى . فلا[٥] يكون // [ف ٣٨ ب] هذا قضاء[٦] على الغائب[٦] وفى قبول البينة عليه قضاء على الغائب . وإن كان المدعى عليه قد أنكر أن تكون الدار فى يده حلف على ذلك : بالله ما هذا الدار التى يدّعى[٧] هذا المدعى[٧] فى يدك ؟ فإن حُلّف برىء ، وإن نكل عن اليمين صح كون الدار فى يده ويكون المدعى عليه خصماً فى استحلافه على كون الدار ملكاً للخارج ولا يكون خصماً فى قبول البينة عليه بملك الدار لأنه ليس فى اليمين قضاء على غير الناكل عنها[٨] . وفى قبول البينة قضاء عليه وعلى غيره . وإن أقام[٩] المدعى للدار[٩] بينة على كونها[١٠] فى يد المدعى عليه صار خصماً فى إقامة البينة عليه بملك الدار وفى استحلافه على ذلك لأنه قد أثبت الخصومة .

---

170 (١) لعله يعنى الشارح .
(٢) ف : لا .
(٣) ف : قبل .
(٤) ج : تلك .
(٥) ل : من لا .
(٦) ف : عن الغير ، ج : على الغير .
(٧) مكرر فى ل .
(٨) ل : عنهما .
(٩) ف : مدعى الدار .
(١٠) ف . كون الدار .

مع المدعى عليه بإقامة البينة على كون الدار فى يده .[١١] فمسئلتنا مثل هذه بعينها[١١] : المدعى يكون خصماً فى استحلاف[١٢] المدعى عليه . على إثبات المال ولا يكون خصماً فى إقامة البينة عليه بذلك إذا كانت وكالته إنما تثبت بنكول المدعى عليه عن اليمين أو بإقراره ، وإذا أثبت وكالته بالبينة كان له[١٣] خصماً فى إثبات المال على المدعى عليه بالبينة[١٤] وبالاستحلاف[١٥] جميعاً .

171 قال الخصاف { ألا ترى أن رجلا لو ادّعى أن رجلا يقال له فلان ابن فلان وكّله بطلب كل حق له[١] على هذا الرجل وأن عليه ألف درهم ، فقال المدعى عليه[٢] : أما[٣] الوكالة فقد وكّله[٣] وأما ما يدعى من هذا المال فلا حق له على من ذلك ، فإن قال المدعى : أنا أقيم البينة على أن هذا المال عليه ، لم يكن خصماً فى ذلك وإنما هو خصم إن أقر بشىء أمره القاضى بدفعه إليه ، وإن لم يقر وأراد استحلافه حلّفه ، فإن جاء الغائب بعد ذلك فأنكر أن يكون وكل هذا فالقول قوله وله أن يستحلف المدعى عليه على المال فلا يعتد // [ل ١٤٠] بذلك الاستحلاف الذى كان حلّفه[٤] مدعى الوكالة } فكذلك مسئلتنا وقد بينا ذلك[٤] .

172 مسئلة[١]

{ ولو أن رجلا قدّم[٢] رجلا إلى القاضى فادعى أن أباه فلان بن فلان توفى ولم يترك وارثا غيره وله على هذا كذا وكذا من المال ، وقال للقاضى :

(١١) ف : مثل هذا .
(١٢) ل : استحلافه .
(١٣) ساقط من ف .
(١٤) ل : البينة .
(١٥) ف ، ج : وبالاستحقاق .

171 (١) ل : هو له .
(٢) ساقط من ل .
(٣) ل : الوكالا يعقد .
(٤) ف : المدعى بالوكالة . والوجه فيه ما ذكرنا فيما سلف .

172 (١) هذا العنوان فى ف ، ج فقط .
(٢) ل : تقدم .

تسلمه من دعواى، فإن القاضى يسئله عن ذلك فإن أقرّ بما ادعى عليه كله وصدقه فى جميع ذلك ألزمه القاضى[٣] بما أقر به وأمره بالدفع إليه ، ولم يكن ذلك من القاضى حكما[٤] على الأب { . وذلك أن الوارث لا يثبت له قبض المال ولا ملكه[٥] إلا من جهة الميت ، فصار الميت ها هنا كالغائب هناك والوارث كالوكيل . فإن قيل: أليس الوارث لو جاء فادعى عبداً فى يدى رجل أنه للميت مات // [ف ٣٩ أ] وتركه ميراثاً له فصدقه الذى العبد فى يديه ، إنه[٦] يؤمر بتسليم[٦] العبد إلى المدعى ، وفى الوكيل لو جاء وادعى أن المودع قد وكّله[٧] بقبض الوديعة[٧] فصدقه المودَع فى الوكالة وكون العبد للغائب[٨] لم يؤمر المودَع[٩] بتسليم العين[١٠] إلى الوكيل؟ فسلّمَ[١١] قلت هاهنا كذلك وفرقت بين الوارث والوكيل؟ قيل له: لأن المال فى هذه المسئلة دَين وليس بعين ولا فرق بين الوارث والوكيل فى باب أن كل واحد منهما ما يأخذه يأخذه من ملك المدعى عليه لأن الذى فى ذمته هو[١٢] هذه العين التى يُسلمها إلى الوكيل أو الوارث عن[١٣] الغائب أو الميت إنما يُسلمها عن الدين الذى فى ذمته ، فاذا كان المال[١٤] المأمور بتسليمه إلى المدعى فى الوجهين جميعاً من ملك المدعى عليه ، وهو المقر به ، جاز له أن يأمره بذلك لإقراره بوجوب التسليم عليه ، وليس كذلك مسئلة العبد لأن عين العبد قد اتفق الوكيل والمودع جميعاً على أنه ملك الغائب ، فإقرار المودع بوكالة الوكيل فى القبض غير مقبول على الغائب فلا يوجب ذلك زوال ملك[١٥] الغائب عن العين ، فلذلك لم يأمره القاضى بتسليم

---

(٣) مزيد هنا فى ل : إقراره .
(٤) ل : حكم .
(٥) ل : علكه . ج : دفعه .
(٦) ل : يوم يالسلم .
(٧) ف : بقبضه .
(٨) ل : الغائب .
(٩) ساقط من ف .
(١٠) ف ، ج : العبد .
(١١) كذا فى ج. وفى ل ، ف : لم لا .
(١٢) ساقط من ل .
(١٣) ف : على .
(١٤) ساقط من ل .
(١٥) ف : حق .

العبد إلى الوكيل ، وفى الدين[١٦] لم يأمر[١٦] القاضى بتسليم مال الغائب إلى المدعى الوكالة[١٧] بقبضه وإنما أمره بتسليم ما أقر به من ملكه ويكون الغائب على حجته . فلذلك فارق العين الدين . // [ل ٤٠ ب]

173 فإن قيل : فحق المودِع لا يبطل بتسليم العبد إلى الوكيل لأن المودع إذا جاء ضمن المودع قيمة العبد كما يضمنه فى مسئلة الدين الذى كان عليه ، قيل له : وجوب [١]ضمان القيمة[١] على المودع للمودع إذا أوجبناها لم يمنع من بطلان حقه عن عين العبد إذا سلمها[٢] إلى الوكيل وليس[٣] لأحد أن يُبطل حق الانسان عن عين ماله إلى القيمة[٤] فلذلك ليس للقاضى فى مسئلتنا أن يُسقط حق الغائب عن عين العبد بالقيمة التى يوجبها له فى الثانى فهذا فرق بين العبد والدين فى الوكيل[٤] . وأما الفرق بين الوكيل والوارث [٥]فى العبد[٥] إذا كان فى يدى المودع أنه يؤمر بتسليم الوديعة إلى الوارث إذا أقر له بالوديعة وموت المورِّث عنه، ولم يؤمر بتسليمها إلى الوكيل وإن أقر بالوكالة بقبضها وبالوديعة[٦]، لأن المودِع لا يسقط حقه عن قبض[٧] الوديعة مع توكيل الموكِّل بقبضها . ألا ترى أنه إذا جاء قبل قبض الوكيل كان[٧] له أن يقبضها[٨] مع توكيل الموكِّل[٨]، وله أن يعزل الوكيل عن الوكالة ؟ فحق[٩] القبض للموكِّل قائم فى الوديعة مع صحة وكالة الوكيل بقبضها ، فلا يكون اعتراف المودع بالوكالة والوديعة إقراراً بأن لا حق لأحد فى قبض الوديعة غير الوكيل فلم يلزمه تسليم الوديعة إليه[١٠].

---

(١٦) ل : يأمره .
(١٧) ف ، ج : الوكيل .

173 (١) ف : الضمان .
(٢) ف : سلمناها .
(٣) ساقط من ف .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ل .
(٦) ل : بالوديعة .
(٧) ساقط من ف .
(٨) ف : دون الوكيل .
(٩) ل : فى حق .
(١٠) ف : إلى الوكيل .

وليس كذلك الوارث لأن حق الموروث عنه لا يثبت مع ثبوت حق الوارث إذ الوارث لا يثبت له حق قبض الوديعة إلا بعد موت المودع ، والميت //[ف ٣٩ب] لا يثبت له حق بعد موته . والمودَع لما أقر بموت المودع والوديعة وكون الحاضر وارثاً عن المودع فقد أقر له بأنه لا حق لأحد فى قبض هذه الوديعة غير هذا الوارث فعليه تسليمها إليه .

174 فإن قيل : فما تقول فى المدعى إذا جاء ولم يدّع الوكالة فى قبض الوديعة وإنما ادّعى هبة الوديعة أو شراءها من المودع فأقر له المودَع بذلك كله ، أليس قد اعترف للمدعى[(١)] بأنه لا حق لأحد فى قبض هذه الوديعة غير المدعى ، ومع ذلك لم يُلزم المودَع[(٢)] بتسليم الوديعة إلى المدعى مع مساواة[(٣)] الوارث فى المعنى الذى اعتبرت ؟ قيل له : ليس كذلك لأن الوارث يخلف الميت فى ملكه ، والموهوب له والمشترى لا يخلفان البائع ولا الواهب فى ملكهما ، فهو وإن اعترف له بحق القبض[(٤)] فى الشراء والهبة //[ل ٤١ أ] فلم يعترف له بأنه يخلف المودع فى ملكه [(٥)]وفى الوارث قد اعترف له بذلك فلذلك افترقا . فينبغى أن يقيد العلة الأولى بهذا المعنى حتى لا يُلزم عليها الموهوب له والمشترى[٥)] فبان الفرق بين العين[(٦)] والدين فى الوكيل وبان أيضا الفرق بين الوكيل والوارث فى العين . بقى الكلام فى الوصى إذا أقر المودع بالوصية إليه وبالوديعة وموت [الموصى][(٧)] وأقر الذى عليه الدين بالدين والوصية والموت فإنه لا[(٨)] يؤمر بتسليم الوديعة ولا الدين إلى الوصى . أما

---

174 (١) ل : المدعى . (٢) ساقط من ف .

(٣) ف : تسوية . (٤) ساقط من ل .

(٥) المتن مضطرب فى ل : فلذلك اختلفا . وينبغى أن نقيد العلة وفى الوارث قد قد اعترف له بذلك كهذا المعنى حتى لا يلزم عليه ما ذكرنا ، وإذا كان كذلك .

(٦) ف : العبد . (٧) فى الأصل : الوصى .

(٨) ف : لم .

العين فانما لم[٩] يؤمر بتسليمها إليه لما بيّنا [١٠]من الفرق بين الوكيل والوارث فالوصي مثل الوكيل[١٠] لأن الوصي بمنزلته لأنه لا يخلف الميت في ملكه. وأما الدين فانما فارق الوكيل والوارث جميعاً لأن القاضي لو أمر الذي عليه الدين[١١] بتسليمه إلى الوصي لم يكن بد من أن يبرأ الذي عليه الدين من الدين. فلو أمره بتسليم الدين لسقط حق الموصى من الدين، وفي الوكيل لا يسقط حق الموكل من الدين لأن القاضي لا يحكم على الغريم ببراءته من الدين وإن[١٢] أمره بتسليم ما أقر به لأن الوكالة إنما تثبت بقوله، والوصي إذا [١٣]استحق قبض[١٣] الدين صار وصيا للميت يجوز[١٤] تصرفه وقبضه عليه فلابد من الحكم ببراءة الغريم من الدين. فلذلك فارق الوصي الوكيل في قبض الدين. فقد حصل الآن[١٥] أن الوصي مثل الوكيل في العين في باب أن كل واحد منهما ليس له حق القبض، وفارق الوصي الوكيل في الدين، وقد بينا الفرق بينهما، [١٦] وفارق الوارث الوكيل في العين، وقد بينا الفرق بينهما[١٦]، وتساويا في الدين وهي مسئلة الباب. [١٧]ووجه التسوية[١٧] بينهما أن الوارث يدعي أنه خصم في قبض الدين وأن الدين له من جهة الميت [١٨]وأن الدين الذي على المدعى عليه //[ف ٤٠ أ] في الحال[١٨] فصار مدعياً لإثبات الخصومة في قبض الدين وإثباته على المدعى عليه [١٩]وأنه ملك لنفسه[١٩]. والوكيل في هذه الدعاوى الثلاث وفي المسئلتين جميعاً كذلك — إن تسليم الدين اليهما[٢٠] لا يوجب

---

(٩) ساقط من ل .

(١٠) ل : في الوكيل .

(١١) ف : الحق .

(١٢) ف : إذا .

(١٣) ل : استحق قبض اذا . ف : لم يستحق قبض .

(١٤) ساقط من ل .

(١٥) ساقط من ل .

(١٦) ساقط من ل .

(١٧) وزوجه المسرية .

(١٨) ساقط من ل .

(١٩) ف : وإثبات ملك الدين لنفسه.

(٢٠) ف : إلى المدعى .

براءة الغريم (٢١من الدين٢١) فقد تساويا فى هذه الوجوه كلها ، (٢٢وكل واحد منهما لا يستحق٢٢) قبض الدين إلا بعد ثبوت الخصومة لهما(٢٣) فى القبض فلذلك (٢٤قلنا إنهما متساويان فى هذا٢٤) . وإذا كان // [ل ٤١ ب] كذلك قلنا إن المدعى عليه لما أقر بالدين (٢٥وبأن المدعى٢٥) وارث الغائب وأن الغائب قد مات فقد اعترف له باستحقاق قبض الدين ، فعليه تسليم الدين إليه وإن لم يحكم على الميت بذلك(٢٦) ، ويكون الغائب(٢٧) على حجته إن لم يمت .

175 قال : { ولو كان الابن(١) ادعى هذه الدعوى (٢على الرجل٢) وقدمه إلى القاضى وأنكر دعواه ، يعنى المال الذى ادعى على المدعى عليه من جهة أبيه الميت ، وأنكر المدعى عليه المال(٣) ذلك ، فقال الابن : استحلفه لى على دعواى ، فإنه روى عن أصحابنا أنهم قالوا : لا نحلّفه ولكنا نقول للابن : أقم البينة على ماتدعى من وفاة أبيك وأنك وارثه ثم نحلفه لك (٤بعد ذلك٤) على ما تدعى لأبيك من المال : وروى قول آخر : أنا نحلفه بالله مايعلم أن هذا فلان بن فلان ولا يعلم أن فلانا هذا مات . فإن حلف على ذلك كُلف الإبن إقامة البينة على وفاة أبيه وأنه وارثه } .

176 قال الشيخ : والذى يصح عندى من مذهب أصحابنا أن المدعى عليه يُستحلف على دعوى الوارث وان لم يُقم الوارث البينة على موت الميت . وذكر محمد هذا فى الجامع الكبير من قِبل أنه ليس حال هذا بأدْوَنَ من حال

---

(٢١) ساقط من ف .
(٢٢) ف : ولا يستحق واحد منهما . (٢٣) ساقط من ف .
(٢٤) ف : قال إن هذه المسئلة فى هذا مثل مسئلة الوكيل .
(٢٥) ل : وبأنه . (٢٦) ساقط من ف .
(٢٧) ساقط من ل .

175 (١) مزيد هنا فى ف ، ج : حين . (٢) ساقط من ف .
(٣) ساقط من ل . (٤) ساقط من ف .

الوكيل وقد قالوا ان للوكيل أن يحلّف المدعى عليه على الوكالة فإن نكل عن اليمين حلّفه على المال . كذلك هذا . وأما وجه هذه الرواية فإن نسبه من الميت لا يثبت بنكول هذا فلا معنى ليمينه . وهذا الوجه يضعف جداً لأن وكالته من جهة الغائب أيضاً لا تثبت بنكول هذا فى حق الغائب، إلا أنا حلّفناه لحق الوكيل لأن نكوله يوجب خصومة[١] فيما بينهما وان لم نصدقه على الغائب . كذلك مسئلتنا ، حلفه[٢] على اثبات الخصومة فيما بينهما وإن لم يصدقه على الميت . والذى يجوز أن يعتمد عليه فى الفرق بين الوكيل والوارث على هذه الرواية أن القاضى إذا حلف المدعى عليه على النسب والوفاة فنكل المدعى عليه عن اليمين يلزمه القضاء بالنسب وكون الوارث خصما وإخراج المال من يدى المدعى عليه . وهذا يكون تصرفا على الميت فلا يجوز له أن يحلف على ذلك لهذا المعنى . وليس كذلك فى الوكالة لأنه إنما يحكم // [ف ٤٠ ب] على المدعى عليه بنكوله // [ل ٤٢ أ] دون الغائب ، [٣]فبان لك الفرق[٣] . فإن نكل عن اليمين جعله القاضى كأنه أقر أن هذا ابن فلان وأن أباه قد مات ، ثم يحلّفه بعد ذلك على الثبات[٤] : ما لفلان بن فلان ، يعنى الميت ، عليك هذا المال ؟ فإن نكل عن اليمين ألزمه المال ، وإن حلف كلف المدعى إقامة البينة على نسبه ووفاة والده على ما يدعى من المال [٥]من قِبل أن البينة[٥] على إثبات المال غير مقبولة ما لم يثبت خصومة لنفسه[٦] بالبينة كما قلنا فى الوكيل إن المدعى عليه إذا نكل عن الوكالة [٧]وحلف على إثبات المال ، إن بينة الوكيل على إثبات المال غير مقبولة حتى يقيم البينة على الوكالة أولا ثم يقيم على إثبات المال كذلك ها هنا : المدعى عليه لما حلّفه على المال لم يقدر الوارث أن يثبت المال عليه بالبينة حتى يثبت النسب أولا ، وموت الميت ،

---

176 (١) ف : خصومته .
(٢) ل : يحلف .
(٣) ف : فلذلك افترقا .
(٤) كذا فى ج ، وفى ل ، ف : البنات . والمعنى ثبوت المال عليه .
(٥) ل : قبل أن ينسبه .
(٦) ف : نفسه .

ثم يقيم البيّنة على المال لأنه ما لم يثبت النسب وموت الميت لم يصر خصما في إثبات المال لأن نكول المدعى عليه أن النسب والموت إنما ينفذ على نفسه دون غيره ، ونحن لو قبلنا بينته على المدعى عليه في المال كنا قد حكمنا عليه بالمال للميت من غير خصم[٧] .

177 مسـألة[١]

{ ولو أن رجلا ادعى على رجل أنه اشترى داراً إلى جنب داره وأنه شفيعها بداره فأراد استحلافه على ذلك ، فقال للقاضي : إن هذا لا يرى الشفعة بالجوار فان حلّفته مالي قبله شفعة هذه الدار التي سميت وحددت فلست آمن أن يتأول أن لا شفعة لي فيحلف على دعواي ، إن القاضي يستحلفه : بالله ما اشتريت هذه الدار التي سمى وحدد بكذا وكذا ولا أقل من ذلك } . لأنه لو حلّفه على إثبات الشفعة ربما يتأول في اليمين وأبطل حق المدعي ، فينبغي أن يحلفه على أصل البيع ولا يمكنه من التأويل ليصل المدعي الى حقه . والقاضي مأمور بإيصال ذوي الحقوق الى حقوقهم .

178 مسئلة[١]

ولو أن امرأة ادعت على زوجها أنه آلى منها فقال لها : والله لا أقربك وقد مضت أربعة أشهر منذ حلف على هذا ، فأنكر ذلك ، فأرادت استحلافه وقالت للقاضي : مذهبه أن المولى يُوقَف بعد أشهر فيقال له إما أن تفي وإما وإما أن تطلق فإن حلفته بالله ما أنا بائن منه بهذا الإيلاء حلف وتأول أني

---

(٧) ل : فلا يكون عليه شيء في الحال ولا يقدر أن يحلف فيحكم عليه بالنقصان وهو بريء من حقه .

177 (١) هذه المسئلة بكاملها ساقطة من ل .

178 (١) هذه المسئلة بكاملها ساقطة من ل .

لست بائن[٢] بهذا الإيلاء ، فإن القاضى لايحلفه على ذلك ، ولكن يحلفه : بالله ماقالت لها لا أقربك مدة كذا وكذا أو على ما ادعت . فإن نكل عن اليمين أبانها منه بتطليقة { ، وذلك لما بيّنا قبلُ أيضاً ، لأنه لو حلّفه على البينونة ، وهى[٣] عنده ، على //[ف ٤١ أ] مذهبه ، غير بائنة ، حلف على التأويل وأبطل حق المرأة ، ولكن يحَلّف على أصل اليمين ومُضىّ مدة الإيلاء ، فإذا نكل عن اليمين حكم عليه عند ذلك بالبينونة .

179 مسـألة[١]

{ وإن ادعى رجل على رجل أنه كسر إبريق فضة له وأحضره ، أو أنه صب فى طعام له ماء فأفسده ، وقال للحاكم : إن هذا ممن يرى أن من فعل هذا ألزمه النقصان ولم يجب عليه قيمة الإبريق ولامثل الطعام ، فإن حلفته مالى قيمة الإبريق ولا كر حنطة مثل هذا السكر لحلف على ذلك[٢] وتأول ، لم يحنث ، فإن القاضى يحلفه بالله : مافعلت كذا وكذا على مايدعى مفسراً . فإن نكل عن اليمين ألزمه فى ذلك مايلزمه { . وهذا بين على ما ذكرنا أيضاً أنه لو حلفه على إثبات القيمة ، ومن مذهبه أن القيمة لم تجب على التأويل بطل[٣] حق المدعى ، ولكن إذا حلفه على أصل الفعل لم يقدر أن يحلف على التأويل فيصل المدعى إلى حق نفسه .

180 مسـألة[١]

{ ولو ادعى رجل على رجل أنه خرق ثوبه وأحضر الثوب معه إلى القاضى وأراد استحلافه فإن القاضى لا ينبغى له أن يحلّفه : ماخرقت ثوب هذا . لأنه

---

(٢) كذا فى ف ، ج ، والصواب : بائناً . (٣) فى الأصل : فهى .

179 (١) هذه المسئلة بكاملها ساقطة من ل .

(٢) ساقط من ف . (٣) فى الأصل : وبطل .

180 (١) هذه المسألة بكاملها ساقطة من ل .

(٢قد خرقه ويعطيه٢) نقصان ذلك أو يبرئه منه أو يصالحه ، ولكن يقول : أنظر كم نقصان هذا الخرق فى اليوم(٣) ، قوّم الثوب صحيحاً لاخرق فيه وهو على حاله ، ثم قوم وبه الخرق ، وانظر كم نقصـــه ذلك . فإذا عرف ذلك استحلفه : بالله ماله عليك هذا الكذا وكذا درهم الذى ادعى عليك ولا أقل منها من هذا الوجه الذى ادعاه؟ { من قبل أن الشىء المدعى هاهنا هو النقصان فينبغى أن يسمى مقدار مايدعى من النقصان حتى يحصل الدعوى معلوماً لأن الشىء المدعى إذا كان مجهولا لم يجز للقاضى أن يقتصر على بينة ولا يمين . فلذلك احتيج إلى تسمية النقصان . وكذلك لو لم يكن الثوب حاضراً وادعى المدعى نقصان ثوب له بالخرق على المدعى عليه فإن القاضى يقول له : سم مقدار النقصان حتى أحلف المدعى عليه على ذلك وكذلك هذا فى النقصـان بالهدم أو ذبح شاة أو فقئ عين عبد له قد مات من غير ذلك أو عين دابة أو غير ذلك ، وليس الشىء حاضراً عند القاضى ، فإن القاضى يقول له : كم نقصان ذلك ؟ فإذا عرف ذلك حلّفه عليه . فإن نكل عن اليمين ألزمه ذلك النقصان . ولا يحلّفه على أصل الفعل لأنه يجوز أن يكون الفاعل قد فعل ذلك إلا أن المدعى قد أبرأه منه أو قد دفع إليه النقصان فلا يكون عليه شىء فى الحال ولا يقدر أن يحلف فيُحكم عليـــه بالنقصان وهو برىء من حقه(٤) .

181 مســـئلة

{ ولو أن رجلا ادعى // [ف ٤١ ب] على رجل أنه قال له : يافاسق ، أو

---

(٢) كذا فى ف ، ج . ولعل الصواب : قد يكون خرقه وأعطاه .

(٣) كذا فى ف ، ج . ولعل الصواب : الثوب .

(٤) أنظر ملاحظة (٧) من الفقرة 176 .

عبد[١] ادعى على رجل أنه قال له : يازان : أو رجل ادعى على رجل ما يجب فيه التعزير ، أو قال له : يازنديق ، أو : يا كافر ، أو : يامنافق ، أو : يافاجر ، وأراد استحلافه[٢] على ذلك ، أو ادعى عليه أنه لطمه[٣] أو ضربه أو ادعى من ذلك مايجب فيه الأدب فإنه يحلفه : بالله ماله عليك هذا الحق الذى ادعاه ؟ ولا يحلفه : مافعلت به كذا وكذا ؟} لأن هذا قد يفعله فيعفو عنه ويبرئه فيبرأ لأنه ليس بحد والتعزير يجوز البراءة منه . ألا ترى أن رجلا لو شتم رجلا فأراد المشتوم أن يرفع أمره إلى القاضى فقال الشاتم : عزّرنى[٤]، فعزّره المشتوم له[٥] [؟] ثم ارتفعا إلى القاضى [٦]بعد ذلك التعزير[٦] . فلا يعيد عليه التعزير . ولو كان هذا فى الحد لم يُعتد بالأسـواط التى تكون عند غير القاضى من الحدود[٧] . فإذا كان كذلك [١٢]ثبت أن التعزير يصح البراءة منه ، والحد لا يصح إذا ثبت . فلهذا قلنا فى مسئلتنا إنه يحلف على إثبات التعزير لا على أصل الفعل الموجب للتعزير . والأصل فى وجوب التعزير أن الله تعالى أخبر أن إيذاء المؤمن من البهتان العظيم بقوله ﴿ والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾[٨] وإذا كان هذا هكذا وجب[٩] على المسلمين أن يمنعوا فاعله من ذلك . والقاضى ينوب عن المسلمين فى ذلك ، فعليه أن يعزره ويمنعه ، وأيضاً روى عن النبى عليه السلام أن رجلا قال لرجل يامخنّث ، فضربه النبى صلى الله عليه وسلم أسواطاً . فهذا أصل فى وجوب التعزير بالشتيمة الفاحشة . وأيضاً رُوى عن النبى عليه السلام أنه قال « لا حرج إلا على من اقترض من عِرض أخيه »[١٠] فأخبر عليه السلام أن على مؤذى المسلم

---

181 (١) بياض فى ل .

(٢) ف : إحلافه . (٣) شتمه .

(٤) ف : عزرونى . (٥) كذا فى الأصل .

(٦) ف : إنه يعتد بذلك التعزيز . (٧) ف : الحد .

(٨) سورة الأحزاب ، ٣٣ : ٥٨ . (٩) كذا فى ج . وفى ف : واجب .

(١٠) قابل أبا داود ، مناسك ، ٨٧ ، حيث الحديث « لا حرج لا حرج إلا على رجل اقترض عرض رجل مسلم وهو ظالم ، فذلك الذى حرج وهلك » .

حرجاً[١١] فللقاضى أن يزجره ويمنعه من ذلك . فاذا كان هذا هكذا قلنا إن الرجل إذا قال لرجل: يافاسق ، أو: ياكافر ، أو : يامنافق ، أو: يازنديق ، أو : يافاجر ، أو لعبد : يازان ، إن القاضى يعزره ويزجره عن ذلك لأن هذه أسماء مذمومة لايجوز أن يستحقها مسلم عدل[١٢] .

182 مسـألة

{ وإن ادعى رجل على رجل أنه وضع على حائط له خشباً ، أو أجرى على سطحه ميزاباً أو فى داره ، أو فتح عليه فى حقه باباً ، أو بنى على حائط له ، أو ادعى أنه أخرج [١]تل تراب[١] فرمى به فى أرض له أو زبل[٢]// [ل ٤٢ب] أو دابة ميتة أو شيئاً مما يكون فساداً فى الأرض مما يجب على صاحبه أن ينقله ويرفعه من حق المدعى فأراد استحلافه على ذلك فأنه يحلفه فى ذلك كله[٣] : بالله الذى لاإله إلاهو مافعلت كذا وكذا فى حقه هذا الذى وصف ؟ وليس عليه أن يحلّفه على إثبات الحق فى الحال } من قبل أن هذا إذا[٤] ثبت أصل// [ف٤٢ أ] الفعل لم تصح البراءة منه ، لأن رجلا لو وضع خشباً على حائط رجل[٥] فقال : قد أبرأتك من رفع هـذه الخشـبة من حائطى لم تصح البراءة وصار كأنه أعاره ذلك الموضع ، فمتى [٦]شاء له أن يأمره[٦] بالرفع لأنه عارية

---

(١١) ف ، ج : حرج .

(١٢) هذه الفقرة مختصرة فى ل هـكذا : فبان ، والأصل فى وجوب التعزير ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أن رجلا قال لرجل . يا مخنث فضربه النبى عليه السلام عشرة أسواط ، وأن النبى عليه السـلام قال « لا أحرج إلا على من اقترض من عرض أخيه » . فيجب بهذه الدلالة أن يمنعه القاضى من ذلك بالأدب والتعزير .

182 (١) ف : ترابا .

(٢) ل : رمل .

(٣) ساقط من ف .

(٤) ساقط من ف .

(٥) ساقط من ف .

(٦) ل . ما بدا له ثم أمره .

ولاتصح البراءة من العارية . وكذلك سائر المسائل التى ذكرتها[٧] فهى فى هذا المعنى[٨] لاتصح البراءة منها . فاذا ثبت أصل الفعل يلزمه رفعه على أى وجه كان . فلذلك اكتفى[٩] بيمينه على أصل الفعل . وليس هذا كالمسائل المتقدمة لأن هناك أجاز[١٠] البراءة من الحق فلو حلفه على أصل الحق[١١] لم يأمن أن تكون البراءة قد وقعت بعد ذلك فيوجب[١٢] على المدعى عليه حقاً لم يلزمه فى الحال . فينبغى أن يحتاط له ولا يحيف[١٣] عليه .

183 مسئلة

{ ولو كان صاحب الخشب هو المدعى فقدم صاحب الحائط[١] إلى القاضى[١] فقال : كان لى على هذا الحائط خشب[٢] فوقع أو قلعته لأعمل غيره وقد منعنى صاحب هذا الحائط ، وذلك هو حق لى فى هـذا الحائط. وأنكر صاحب الحائط ذلك، وأراد استحلافه ، فإن القاضى يحلّفه له : بالله ما لهذا فى هـذا الحائط[٣] حق[٤] مواضع هذا الخشب[٥] . وهو كذا وكذا خشبة فى موضع كذا من هذا الحائط[٦] واجب له[٦] [؟] ولا يحلفه حتى يسمى عدد الخشب ومواضعه من الحائط } . أما اليمين ، فإنما يحلفه على إثبات حق الموضع فى الحال فلأن المدعى يدعى إثبات حق الوضع فى الحال على المدعى عليـــه فيحلفه على دعواه . وأما احتياج القاضى إلى معرفة عدد[٧] الخشب ومواضعها

(٧) ل : يذكرها .
(٨) ف : مثله .
(٩) ف : التقى .
(١٠) ل : جاز .
(١١) ف : الفعل .
(١٢) ل : فوجب .
(١٣) ل : يحتاط .

183 (١) ساقط من ف .
(٢) ساقط من ل .
(٣) ساقط من ل .
(٤) ساقط من ف .
(٥) ف : موضع هذه الخشبة .
(٦) ساقط من ف .
(٧) ساقط من ل .

من الحائط فلأن عدد الخشب إذا لم تكن معروفة فالمدعى مجهول ولايجوز أن يقضى القاضى بشىء مجهول . فكذلك معرفة الموضع لهذه العلة . فإن حلف برىء من دعوى المدّعى ، وإن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه . وكذلك إن ادعى //[ل ٤٣ أ] مسيل ماء أو طريق[٨] فى دار رجل [٩] فانه يصف [٩] ذلك ويستحلفه له القاضى : بالله ماله هذا الحق الذى ادّعاه فى هذه الدار التى فى يدك ؟ فإن حلف برىء وإن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه كما قلنا فى سائر الحقوق .

184 فصــــل

{ وإن ادّعى رجل على رجل أنه شق فى أرضه نهراً فساق الماء فيه إلى أرض له فإنه ينبغى للقاضى أن يسأله عن هذه الأرض وعن موضعها وعن موضع هذا النهر من هذه الأرض وقدره ثم يسأل المدعى عليه عن ذلك فإن جحد دعواه وأراد استحلافه أستحلفه بالله ما أحدث فى أرض هذا الرجل هذا النهر الذى وصف . وكذلك القناة وما أشبه ذلك } ، أما سؤاله عن الأرض وعن موضعها وموضع النهر منها وقدره فلحصول الدعوى فى[١]// [ف٤٢ب] معلوم دون مجهول فأما يمينه على أصل الفعل فلأن[٢] هذا مما لا يصح البراءة منه. فإذا حلّفه عن أصل الفعل فهو باق كما كان . [٣]ولو كان[٣] الدعوى فى حفيرة حفرها فى أرض المدّعى وأراد أن يستحلفه [٤] عليه ، فإنه يستحلفه [٤]: بالله مالفلان عليك هذا الدعوى[٥] الذى ادعاه وهو كذا وكذا ، يعنى نقصان الأرض ، لأن هذا مما يجوز البراءة منه ، ولو حلفه على أصل الفعل لم يأمن أن

---

(٨) كذا فى الأصل ، والصواب طريقا . (٩) ل : فله .

184 (١) ل : على . (٢) ف : فان .

(٣) ساقط من ل . (٤) ساقط من ف .

(٥) كذا فى ف . وفى ل غير واضحة .

يكون قد أبرأه قبل ذلك ، فلا يقدر أن يحلف عن أصل الفعل وإن كان بريئاً من حق المدّعى .

185 مسئلة[١]

{ ولو ادعى رجل على رجل مائة دينار ، وكان للمدعى عليه عند المدعى المال[٢] رهن بهذه الدنانير ، فخاف المدعى عليه أن يقر بالدنانير ويدعى الرهن فيجحد المدعى الرهن[٣] ويأخذه بالمال ، إن الوجه فى ذلك أن يقول[٤] المدّعى عليه[٤] للقاضى : سل هذا المدعى هل عنده رهن بهذا المال ، وهو كذا . فإن القاضى يسأله عن ذلك ، فإن جحده وأراد استحلاف المدعى عليه فإن القاضى يحلفه : بالله ما لهذا عليك مائة دينار لارهن لك بها عند المدعى ولا عليك شيء منها } . أما سؤال القاضى للمدعى هل عندك[٥] بهذا المال الذى تدعى رهن فلأنه مأمور بإيصال //[ل ٤٣ ب] كل واحد منهما إلى حقه . فاذا كان للمدعى عليه فى ذلك حق وليس فيه إبطال حق للمدعى وإنما فيه استقرار حق كل واحد منهما فله أن يسأله عن ذلك . فان أقر به ثبت الرهن . حينئذ[٦] استحلف المدعى عليه على المال خاصة . فإن جحد الرهن حلف المدعى عليه حينئذ[٦] على المال الناقص بالرهن لأن المال إذا كان قد أخذ به رهن[٧] فهو أنقص من المال الذى لم يؤخذ به رهن . فلذلك حلف المدعى عليه : بالله مالهذا عليك مائة دينار لارهن لك بها عنده ؟

186 مسئلة

على عبد[١] محجور عليه مالا أو حقاً من الحقوق

(٢) ف : المال .
(٤) ساقط من ف .
(٦) ساقط من ف ، ج .

مما لا يؤخذ به وهو عبد ويلزمه ذلك بعد العتق فإني أستحلفه على ذلك . فان نـكل عن اليمين ألزمته[٢] ذلك وكان[٣] عليه إذا عتق . وإن حلف برىء من دعواه } . وإنما كان له أن يخاصم العبد وإن لم يؤخذ به فى الحال لأن تأخير المطالبة لاتمنع ثبوت الحق ، ألا ترى أنه لو ادعى عليه دينا مؤجلا كان له أن يستحلفه ويثبته عليه بالنـكول أو بيينة أقامها عليه وإن لم يكن له المطالبة بالأخذ فى الحال ؟ كذلك مايلزم العبد بعد العتق له أن يثبت عليه وإن لم يكن له أن[٤] يأخذه به [٤] فى الحال .

187 فصل

{ وكذلك [١] العبد المأذون له [٢] فى التجاره [٢] إذا اشترى جارية فوطئها ثم استحقت وهى ثيب ، إن اقرار العبد بذلك الساعة لايلزمه به شىء ، فإن أنـكر ذلك العبد وأراد المستحق استحلافه[٣] عليه حلفه ، وإن نـكل عن اليمين جعله عليه ، يعنى العبد ، اذا عتق } . وهذا //[ف ٤٢ ب] مثل الباب الأول لأن المأذون له محجور عن [٤] وطء الجارية فلا يقبل قوله على المولى ولا يؤخذ به فى الحال ، إلا أنه [٥] يحكم عليه بذلك عند النـكول كما قلنا فى الفصل الأول .

188 مسألة

{ ولو أن رجلا قدم رجلا إلى القاضى فادعى عليه ألف درهم فأنـكر ذلك وأراد استحلافه على ذلك فقال المدعى عليه للقاضى : قد حلفنى على هذه الدعوى

---

(٢) ف : ألزمه .
(٣) ساقط من ف .
(٤) ل . يأخذ .

187 (١) ل : وذلك .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ل : إحلافه .
(٤) كذا فى ج . وفى ل ، ف : فى .
(٥) ل : أن .

عند قاضي بلد كذا وكذا ، فأنكر الطالب ذلك وقال : ما حلفته عليها ، فطلب المدّعى عليه (١)يمين الطالب(١) أنه لم يحلفه على ذلك ، فان القاضي يحلف الطالب: بالله ما // [ل ٤٤ أ] حلفت هذا المدعى عليه على دعواك هذه عند قاضي (٢) بلد كذا وكذا ؟ فان حلف على ذلك استحلف له المدعى عليه على ما ادعى عليه من الألف درهم . فان نكل الطالب عن اليمين لم يحلف المدعى عليه { لأن حق المدعى على المدعى عليه هاهنا هو اليمين ، لأنه لم يثبت عليه الألف ، والحق الثابت (٣) عليه هو اليمين ، والمدعى عليه يدعى إيفاءها عند قاض آخر فصار كالغريم إذا أقرّ بالدين وادعى ايفاءه يحلف الطالب : بالله ما استوفيت (٤)منه هذا الدين(٤)؟ كذلك هاهنا يحلف الطالب : بالله ما حلفته عند قاضي بلد كذا ؟ فإن حلف برىء من دعوى المدعى عليه أنه قد أوفاه حقه ، فله أن يحلفه إذا كان حقه باقياً (٥) فى اليمين . وأما إذا نكل الطالب عن اليمين فقد أقر باستيفاء اليمين ، فلم يبق له حق (٦) فى يمينه ، فليس له (٧) أن يحلفه .

مسألة

189 ولو ادعى عليه ألف درهم فقال المدعى عليه للقاضي : فقد كان ادعى عليّ هذه الدعوى عند قاضي بلد كذا ثم (١) خرج من دعواه تلك وأبرأني (٢) من هذه الدعوى لحلفه (٣) بالله أنه لم يبرئني (٣) منها ، فان القاضي يحلفه على ذلك لأنه يدعى البراءة من الدعوى وله فى ذلك حق . فان حلف الطالب على ذلك

---

188 (١) ف ، ح : يمينه .
(٢) ل : القاضي .
(٣) ل : الثالث .
(٤) ل ج فقط .
(٥) ف : باق .
(٦) مزيد فى ل هنا : لاستيفاء اليمين .
(٧) ف : لنا .

189 (١) ساقطة من ف .
(٢) ل : وأبراه .
(٣) ل : له لم يبرئه .

حلف المدعى عليه : ماله عليك هذه الألف [٤] الذى ادعى ولا شىء منها } ؟ لأن الطالب قد برىء من دعوى المطلوب أنه قد أبرأه [٤] من دعواه فله أن يحلفه على دعواه . } قال محمد : ولا ينبغى للقاضى أن يحلف المدعى : بالله ما أبرأت هذا المدعى عليه من هذه الألف درهم ولا من شىء منها } : قال الشيخ : لأن [٥] دعوى المدعى عليه كانت فى براءة المدعى إياه [٦] من الدعوى [٦] ولم يدع عليه البراءة من الدراهم فلا ينبغى للقاضى أن يحلفه على غير ما ادعاه .

190 قال الشيخ : وقوله هذا مخالف لقوله : قد حلفنى على ذلك عند قاضى بلد كذا [١] لأن قوله : قد حلفنى على ذلك عند قاضى بلد كذا [١] دعوى منه بأن المدعى قد استوفى منه // [ف ٤٣ ب] ما كان له قِبله يعنى [٢] اليمين ، والبراءة لا يدعى بها استيفاء . وهو [٣] فرق صحيح [٤] بين دعوى المدعى عليه البراءة [٥] من المال [٥] وبين دعواه الحلف عند قاض آخر . إلا أنه ليس معنى مسئلة دعوى المدعى عليه // [ل ٤٤ ب] للمدعى عليه من الدعوى . وقد سوّى بين المسئلتين جميعاً [٦] فى باب وجوب اليمين على [٧] المدعى للمدّعى عليه [٧] ، فلا معنى للفصل بين هاتين المسئلتين مع تسويتهما فى الحكم . وإن كان مراده فى الفرق بين مسئلة [٨] دعوى اليمين فى الحلف وبين دعواه فى براءة المدعى عليه فلا معنى له أيضاً لأن الجواب إنما وقع فى البراءة مخالفاً [٩] لليمين لأن الرجل لم يدّع براءة المال وإنما ادعى براءته من الدعوى [١٠] ، فلا يجوز

---

(٤) ساقط من ل .
(٥) ل : لا .
(٦) ساقط من ف .

190 (١) ساقط من ف .
(٢) ف ، ج : يغير .
(٣) ل : هو .
(٤) ساقط من ف .
(٥) ل : عن المال .
(٦) ساقط من ف .
(٧) ف : المدعى عليه .
(٨) ساقط من ف .
(٩) ف : مخالف .
(١٠) ل : دعوى .

للقاضى أن يحلّفه على غير ما ادعاه . وأما فى الباب الأول(١١) فإن المدعى عليه قد ادعى على المدعى اليمين إليه عند قاض آخر فحلّفه على دعواه ، فقد افترقت المسئلتان فى الجواب لافتراقهما فى السؤال . فأما فى التحصيل فلا فرق بين دعواه اليمين(١٢) وبين دعواه البراءة(١٣) من المال فى أن المدعى يُحلَّف فى كل واحد منهما على دعوى المدعى عليه ويُحلف أيضاً فى دعوى البراءة من أصل الدعوى . فلا فرق حينئذ بين(١٤) دعواه لإيفاء اليمين وبين براءته من دعوى المدعى وبراءته من المال المدعى(١٥) . فلا يُعرف لِمَا قال الخصّاف : إن محمّداً قد خالف بينهما(١٦ فى وجه وهما واحد(١٦ لأن أحكام هذه الثلاث المسائل على ما ذكرنا . ومحمد إنما فرق بينهما فى الجواب لافتراقهما فى السؤال لأن المدعى عليه ادعى براءته من الدعوى فلا ينبغى أن يحلّفه على براءته من المال . وفى المسئلة الأولى يحلفه على استيفاء اليمين لأن دعواه فى إيفاء اليمين فلذلك اختلفا .

191 مسـئلة

[ولو أن رجلا اشترى(١ من رجل(١ جارية بألف درهم وتقابضا ، ثم ظفر المشترى فيها بشجّة فى رأسها فاستحلف القاضى البائع على ذلك فنكل عن اليمين فردها عليه ، ثم إن البائع ، بعد ما قبضها برد الحاكم إياها عليه ، جاء بالجارية فقال للحاكم : رددت علىّ هذه الجارية وهى حبلى وهذا حبل حدث عند المشترى ، فإن القاضى يسأل المشترى عن ذلك ، فإن قال : ما لى بهذا علم ، أراها القاضى النساء . فإن قلن : هى حبلى ، حلف المشترى : بالله ما حدث هذا

---

(١١) ل : الا .
(١٢) ل : لليمين .
(١٣) ل : للبرامة .
(١٤) ل : ف .
(١٥) ساقط من ل .
(١٦) ل : وهما عندى واحد وفيه وجه] .

191 (١) ساقط من ف .

الحبل عندك ؟ فإن حلف // [ل ٤٥ أ] فلا شيء عليه وإن نكل عن اليمين قيل للبائع . أنت بالخيار ، إن شئت فخذها[٢] ولا شيء لك ، وإن شئت فردها على المشترى ورُدَّ عليه أرش الشجة التي كانت بها عندك } .

192 [١] قال الشيخ [١] : أما سؤال القاضي للمشترى عن الحبل : هل حدث عندك أم لا ، فلأن البائع يدعى عليه حدوث الحبل عنده وأن الرد عليه كان بغير حق . فلما ادعى عليه فسخ الرد بالحبل الحادث عند المشترى لم يكن بدّ من أن يسأل المشترى عن ذلك ، فإن جحد المشترى ذلك وأنكر الحبل رأساً[٢] احتاج البائع إلى // [ف ٤٤ أ] إثبات[٣] الحبل فينظر إليها النساء لأن هذه مما لا [٤] يجوز أن [٤] يطّلع عليه غير النساء . فإن قلن : هي حبلى ، ثبت الحبل بقولهن . حينئذ احتاج البائع إلى إقامة الحجّة على دعواه أنها حبلت عند المشترى . فإذا لم يكن له[٥] حجة حلف المشترى على دعواه . كرجل ادعى [٦] على رجل [٦] ألف درهم ولم يكن له بينة على[٧] ذلك حُلِّف على دعواه . كذلك[٨] هذا مثله . فإن حلف برىء من دعوى البائع أن الحبل حدث عنده ، وإن نكل عن اليمين يُخيَّر[٩] البائع حينئذ ، لأن الحبل قد ثبت أنه حادث عند المشترى وأن رد الجارية إلى البائع كان بغير حق ، فيفسخ ذلك الرد إن أراد البائع وعادت الجارية على ملك المشترى ويضمن البائع للمشترى[١٠] أرش الشجة ، لأن المشترى إذا نكل عن اليمين فقد اعترف بحدوث العيب

---

(٢) ف : فاحبسها .

192 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .
(٣) إقامة البينة إثبات . (٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ف . (٦) : ف عليه .
(٧) ساقط من ل . (٨) ل : فلذلك .
(٩) ف : خير . (١٠) ساقط من ف .

بالجارية عنده[١١] قبل الرد فيبطل الرد وصار بمنزلة رجل اشترى جارية فقبضها وحدث بها عيب عنده[١١] ثم اطلع على عيب بها فاستحلف البائعَ فنكل عن اليمين يكون البائع بالخيار ، إن شاء أخذ الجارية بعيبها الذى حدث عند المشترى ويرد الثمن كله عليه وإن شاء ترك الجارية على المشترى بالعيب الذى حدث بها عنده ورد[١٢] عليه نقصان العيب الذى كان عنده . كذلك مسئلتنا . و إن حلَف المشترى : بالله ما حبلت هذه الجارية عندى ، لم يكن للبائع أن يردها عليه لأن القضاء بالرد قد وقع فلا يفسخه ما لم يثبت حدوث العيب المانع من الرد عند المشترى ولم يثبت حدوث العيب عند المشترى إذا حلف // [ل ٤٥ ب] .

193 فصــــل

{ فلو لم[١] ينكر المشترى كون الحبل بالجارية فى الابتداء ولكنه ادعى أن الحبل كان عند البائع ولم يعلم به فإن البائع يُحلَّفُ : بالله لقد بعت هذه الجارية وسلّمتها إلى المشترى وما بها هذا الحبل . فإن حلف ردها على المشترى ورد عليه أرش الشجة . وإن نكل عن اليمين لزمته الجارية ورد[٢] عليه جميع الثمن { لأن[٣] المشترى لمّا قال للقاضى : إن الحبل كان عند البائع ولم أعلم به ، فقد اعترف بأن الجارية كانت حاملا[٤] فى يده ، فلا يحتاج أن ينظر إليها النساء ° لأن نظر النساء إليها ° لأجل ثبوت الحبل ، والحبل ثابت عندهما جميعاً . فإذا كان كذلك يحلَّف البائع على دعوى المشترى : بالله ما كانت حاملا يوم بعتها وسلمتها إليه[٦] . فإذا حلف برىء من دعوى المشترى وصار[٧] الحبل كأنه حدث عند المشترى ، فيجب على البائع رد نقصان العيب ، وإن نكل عن

---

(١١) ساقط من ل . (١٢) ف : ويرد .

193 (١) ساقط من ل . (٢) ف : ويرد .
(٣) ف : وذلك أن . (٤) ف : حاملة .
(٥) ساقط من ل . (٦) ساقط من ف .
(٧) ف : وكان .

اليمين فصار كأنه اعترف بحدوث الحبـــل عنده ، فليس له أن يلزم المشترى الجاريةَ مع حدوث الحبل عنده . وإنما وجبت اليمين فى هذه المسئلة على البائع، وفى الأولى على المشترى ، لأن المشترى قد أنكر أن الجارية حبلى فى الفصل الأول والبائع قد ادعى عليه حدوث الحبل بها عنده فيحلف المشترى على دعواه إذا ثبت الحبل بقول النساء ولا يمين على البائع لأن المشترى لم يدع عليه حدوث الحبل عنده إذ قد أنكر الحبل رأساً[٨] // [ف ٤٤ ب] وأما فى هذه المسئلة فهو معترف بكونها حاملا وادعى أنها حبلت عند البائع وأنكر البائع أنهـا حبلت عنده فصار كاختلاف البائع والمشترى فى حدوث العيب بالمبيع عند البائع والمشترى بعد ثبوت العيب بالمبيع — إن اليمين على البائع دون المشترى . كذلك هذا .

194 فصـــل

{ وإن كانت الجارية فى يدى المشترى نخاصم المشترى البائع فى الشجة التى بها ، فلمّـا حكم الحاكم على البائع بردها عليه بالشجة قال // [ل ٤٦ أ] البائع : إنها حبلى وهذا حبل حدث عند المشترى ، [١]وقال المشترى : بل[١] كان عندك ، فإن هذا أيضاً بمنزلة الشجة ويحلف البائع على ذلك ولا يمين على المشترى { من قِبل أن المشترى ها هنا أيضاً قد أقر بالحبل وهو يريد ردها على البائع بكونها معيباً بالحبل والشجة والبائع ينكر أن الحبل كان عنده فيحلف البائع على ذلك لأنه هو المدعى عليه . وهذا بـيِّن على ما فسرنا فى الدعوى من معرفة المدعى من المدعى عليه . وذلك أن الظاهر ها هنا مع البائع لأن[٢] الجارية هى فى يدى المشترى وهى حامل[٣] ولا يُعلم حدوث الحبل عند البائع فالظاهر

(٨) ساقط من ف .

194 (١) ل : فقال . (٢) ل : أن .

(٣) ف : حاملة .

أن الحبل حدث عند[٤] المشترى دون البائع والمشترى يدعى بخلاف الظاهر، [٥] أن الحبل حدث [٥] عند البائع ، والبائع يدّعى الظاهر وهو حدوث الحبل عنـــد المشترى . وقد ثبت[٦] أن المدّعى هو الذى يدعى خلاف الظاهر والمدّعى عليه هو الذى يدّعى[٧] الظاهر فينبغى أن يكون المشترى هو المدعى والبائع هو المدّعى عليه فى هذه المسئلة واليمين على البائع دون المشترى . وأما إذا كانت الجارية مردودة إلى البائع فجاء البائع ليردّها على المشترى وادّعى أنها حبلت عند المشترى فإن اليمين على المشترى دون البائع لأن الظاهر ليس مع البائع ها هنا ، إذ المشترى لم يعترف [٨] يكون الجارية حاملا [٨] وإنما عرفنا ذلك بقول النساء فى الحال ، وقول النساء غير مقبول على المشترى . فإذا لم يثبت الحبل عند المشترى صار كأن الجارية وُجدت حاملا بعد الرد ، ولا يُعلم حدوث الحبل فى يدى المشترى ولا فى يدى البائع قبل البيع ، وإنما علمنا كونها حاملا بعد الرد . فالظاهر أن الحبل لم يحدث عند المشترى فصار هو المدّعى عليه والبائع هو المدّعى . فيحلّف المشترى على دعوى البائع ولا يمين على البائع .

195 [١] قال أبو بكر // [ل ٤٦ ب] الخصّاف [١] : { الفرق بين المسئلتين أن المسئلة الأولى قد قضى [٢] القاضى [٢] بردها على البائع وصارت فى يدى البائع فلا ينقض القاضى قضاءه بردها بيمين البائع لأنه يريد ردها على المشترى بالحبل ، واليمين على المشترى : ماحدث هذا الحبل عندك } ؟ إلا أنه ليس فى هذا فرق يُكشَف بين المسئلتين ، والفرق بينهما ما قد بيّنا [٣] والله أعلم [٣] .

---

(٤) ل : من .
(٥) ف : وهو حدوث الحبل .
(٦) ف : قلنا .
(٧) ف ، ج : ينكر .
(٨) ساقط من ف .

195 (١) ساقط من ف .
(٢) ساقط من ل .
(٣) ل ل فقط .

196 باب كيف يحلف أهل الإلحاد من اليهود والنصارى والمجوس وغيرهم

قال (١ أبو بكر ١) الخصّاف : { يُحلَّف النصرانى فيما ادُّعِى عليه : بالله عزّ وجلّ الذى أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام ، واليهودىّ(٢) : بالله الذى أنزل التوراة على // [ف ٤٥ أ] موسى ، على نبيّنا وعليه السلام ، وغيرهم من أهل الشرك يحلف بالله . وقال محمد(٣) فى المجوس(٤) : يحلف بالله الذى خلق النار } .

197 (١ قال الشيخ ١) : الأصل فى هذا أن النبىّ عليه السلام حلّف كعب(٢) بن صوريا اليهودىّ : بالله الذى أنزل التوراة على موسى ، فى قصة اليهودى(٣) الذى زنا فأُتى به النبىّ صلى الله عليه وسلم فحلّف(٤) النبى صلى الله عليه وسلم ابن صوريا على ما يجدونه فى التوراة فى حكم الزانى (٥ وذكر الحديث ٥) . فإذا ثبت(٦) هذا فى اليهودى (٧ قلنا فى النصرانى مثله فى(٧) أن يحلف : بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى ، على نبينا وعليه السلام . والمجوسى : بالله الذى خلق النار . لأن النصرانى يعظّم الإنجيل والمجوسى(٨) يعظم النار كما يعظم اليهودى(٩) التوراة . فيحلّفهم على ما يكون أعظم فى صدورهم .

---

196 (١) ساقط من ف . (٢) ل : واليهود .
(٣) ساقط من ف . (٤) كذا فى الأصل ، والصواب : المجوسى .

197 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف .
(٣) ل : اليهود . (٤) ف : فحلفه .
(٥) ساقط من ل . أنظر صحيح مسلم ، حدود ، ٢٨
(٦) ف : صح . (٧) ف : فالنصرانى أيضاً ينبغى .
(٨) ل : والمجوس . (٩) ل : اليهود .

وإن اقتصر[١٠] على قوله : بالله ، فهو كاف . ألا ترى[١١] أن الزيادة على هذا يكون للتأكيد كما نقول فى المسلم أنه لو اقتصر على قوله : بالله ، كان كافيا[١٢] جائزاً ؟ ولكنه يحلف : بالله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الطالب الغالب الكبير المتعالى الذى يعلم من السرّ ما يعلم[١٣] من العلانية . فيؤكّد بهذه الصفات كلها ويعظّم لكى لا يتجاسر المدّعى عليه على الحلف بها بالكذب . كذلك حكم الكفّار .

198 قال . { ولا يبعث بأحد من أهل الذمّة // [ل ٤٧ أ] إلى بيعة ولا إلى كنيسة ولا إلى [١ بيت نار ١] كما لا يبعث المسلم إلى المسجد } لأن الغرض فى هذا اليمين بالله تعالى دون[٢] غيرها .

199 مسألة

{ ولو أن رجلا ادّعى على رجل ألف درهم فقال المدّعى عليه للقاضى : له علىّ ألف درهم إلى سنة ، فإن هذا إقرار منه بالمال للمدعى فثبت المال ويكون مدّعياً فى الأجل فيحلف الطالب على دعواه : بالله ما هذا المال [١ مؤجّل على ١] فلان هذا إلى الوقت الذى ادّعاه ؟ إن أراد المدّعى عليه يمينه . فإن حلف برىء ، وله أن يأخذ المال منه حالاً . فإن نكل عن اليمين صار المال مؤجلا إلى الوقت الذى ادّعاه المدّعى عليه } .

---

(١٠) ل : قبص . (١١) ساقط من ل .

(١٢) ساقط من ف . (١٣) ل : على .

198 (١) ف : النار . (٢) فى ل كلمة غير مقروءة .

199 (١) ل : مؤجلا .

200 مســـألة

{ ولو أن المدّعى عليه حيث ادّعى المدعى الألف لم يُقرّ له بالألف ولكنه قال للقاضى : سل المدّعى من أى وجه له هذا المـال ، فإنه لا ينبغى للقاضى أن يحمل المدّعى على ذلك حتى يسأل المدّعى عليه عن المـال . فان أقرّ به وادّعى أنه من وجه كذا سأل المدّعى بعد[١] ذلك عن الوجه الذى يدّعيه المدعى عليـــه إلا أن يكون المدعى عليه أقر بالمال من وجه لا يلزمه مثل[٢] قوله : علىّ ألف درهم من ثمن ميّـتة أو دم ، أو نحو ذلك . فيكون القول قوله ، وعليه اليمين : بالله ما لهذا المدعى عليك ألف درهم واجبة ولا عليك هذه الألف من غير الوجه الذى أقر[٣] له به ؟ } أما القاضى فإنما لم[٤] يجب له أن يسأل المدعى عن السبب قبل أن يسأل المدعى عليه عن المال فلأن أصل الدعوى هو المـال . فما لم يسأل المدعى عليه عن أصل الدعوى — أصحيحة أم لا — لا معنى لسؤال المدعى عن السبب . فلذلك قلنا إنه // [ف ٤٥ ب] ينبغى أن يسأل المدعى عليه عن[٥] المال أولا . فإن أقر به وادعى أنه من وجه كذا كذا سأل القاضى المدعى بعد ذلك عن الوجه الذى يدعيه المدعى عليه إن كان وجهاً لا يمنع ثبوت المال معه ، لأن أصل الدعوى قد ثبت والمدعى عليه يدعى سبباً[٦] لا يجب عليه تسليم المال إلى المدعى مع ثبوته . مثل أن يدعى أن المال من ثمن هذا العبد الذى فى يدَىْ المدعى . فلا بد للقاضى من أن يسأل المدعى عن ذلك لأنه لو أقر به[٨] لم يلزم المدعى عليه بتسليم المال بغير شيء يستحقّه عليه // [ل ٤٧ ب] وإنما عليه تسليم

---

200 (١) ل : عن . (٢) ل : بمثل .

(٣) كذا فى الأصل ، ولعل الصواب : أقررت .

(٤) ساقط من ل . (٥) ل : من .

(٦) ف : شيئاً .

المال وقَبْض⁽⁷⁾ العبد . وإذا كان كذلك سأل القاضى المدعى عن السبب ، فإن أقر⁽⁸⁾ بذلك ثبت المال على الوجه الذى ادعى المدعى⁽⁹⁾ عليه ، إن كان ثمن عبد فعليه تسليمه وعلى المدعى تسليم العبد إلى المدعى عليه [⁽¹⁰⁾ وإن أنكر المدعى السبب الذى يدعى المدعى عليه ⁽¹⁰⁾] وقال : هذا المال عليه من قرض أو غصب أو من وجه غير ثمن العبد ، فالقول قول المقر بالمال فيحلف⁽¹¹⁾ : بالله ما لهذا علىّ هذه الألف من غير ثمن العبد من الوجه الذى ادّعاه [، من قِبل أن المدّعى عليه لم ينفِ بالسبب المدّعَى ⁽¹²⁾ ما أقر به من المال إذ المال ثابت مع وجود السبب . فإذا أنكر المدعى السبب كان القول قول المدّعى عليه : ما له علىّ مال غير هذا الذى هو ثمن العبد . فإن حلف برىء من دعوى المدّعى وإن نكل عن اليمين لزمه دعواه . وأما إذا كان السبب الذى ادعى المدّعى عليه سبباً يمنع ثبوت المال معه لم يجب على القاضى أن يسأل المدعى عن السبب ، مثل أن يكون ادعى ثمن ميتة أو دم ، لأن المدعى عليه لم يعترف بعد بثبوت⁽¹³⁾ المال عليه إذ ثمن الميتة والدم لا يلزمه فصار كأن المدّعى ادعى عليه مالا وأنكر المدعى عليه ذلك فيحلف المدعى عليه : بالله⁽¹⁴⁾ ما لهذا المدعى عليك ألف درهم واجبة ولا عليك هذه الألف⁽¹⁵⁾ من غير ⁽¹⁵⁾ الوجه الذى أقررت به ؟ فإن حلف برىء من دعواه وإن نكل عن اليمين تلزمه الألف درهم⁽¹⁶⁾ .

---

(٧) الواو للمعية بمعنى : عند قبض العبد .

(٨) ل : ساقط من ف .

(٩) ساقط من ف .

(١٠) ساقط من ف .

(١١) فى ج فقط .

(١٢) ف ، ج : المدعى عليه .

(١٣) ف ، ج : ثبوت .

(١٤) مزيد فى ف : الذى لا إله إلا هو .

(١٥) ل عن .

(١٦) ساقط من ل .

201 (١) فإن قيل (١) : إذا قال عليّ ألف درهم ، فقد لزمه ، فقوله : من ثمن ميتة أو دم ، يدّعى إسقاطه ، فينبغى أن لا يُقبل قوله ، كما قال أبو حنيفة فى مسئلة البيوع إذا قال : عليّ ألف درهم من ثمن(٢) عبد باعنيه وليس العبد بعينه ، إن الألف لازمة(٣) له ولا يُصدَّق على أنه من ثمن عبد بغير عينه ، (٤) قيل له (٤) : هذا لا يشبه ذلك من قِبل أن ها هنا لم يقرّ بالمال حيث ادعى أنه من ثمن ميتة ، فصار هذا كالاستثناء — إن(٥) المستثنى من الجملة وإن أقر به (٦) بدءً لم (٦) يلزمه بعد الاستثناء لأن الكلام // [ل ٨٤ أ] موصول . (٧) هذا الذى قال الشيخ رحمه الله ولم يبينه بأوضح من هذا . وهو مشكل على مذهب أبى حنيفة لأنه فرّق بينه وبين تلك المسئلة (٧) . وأما أبو يوسف ومحمد فقد سوّيا بينهما ولم يلزمانه شيئاً إذا كان الكلام موصولا(٨) // [ف ٤٦ أ] .

202 قال الخصّاف : { وإن قال : هذا العبد له وليس لى وهذه الألف لى عليه من غير ثمن هذا العبد ، يعنى إذا أقرّ المدعى عليه بالمال وادعى أنه من ثمن هذا العبد المعيّن ، فإن القاضى يأمر المدعى عليه بدفعه الألف إلى المدعى ويأمر المدعى بدفع العبد إلى المدعى عليه } . ذلك أن المدعى عليه قد اعترف بوجوب تسليم المال إليه قبل قبض العبد لأن الثمن حكمه أن يُسلَّم إلى البائع قبل قبض المبيع فيأمره القاضى بتسليم المال إلى البائع ويأمر

---

201 (١) ف : قال الشيخ رحمه الله .

(٢) ساقط من ل . (٣) ف : لازم .

(٤) ب : فقال . (٥) ساقط من ف .

(٦) فى ل : بدءا لم . وفى ف : الم . وفى ج : المرء .

(٧) ساقط من ل . ويبن أن الجملة الأولى تعليق لأحد طلبة الشيخ الجصاص .

(٨) مزيد هنا فى ف ، ج فقرة طويلة بشكل تعليق لمؤلف متأخر عن الفرق بين المسئلتين فى المذهب .

المدعى حينئذ بتسليم(١) العبد إلى المدعى عليه لأن (٢ المدعِى المال ٢) قد اعترف بوجوب تسليم العبد إلى المدعى عليه وإن لم يعترف بالبيع ، فعليه(٣) تسليمه إليه . ولا يكون هذا حكماً بالبيع وإنما هو حكم بالعبد للمدعى عليه من جهة المدعى بإقراره . وبالمال للمدعى من جهة المدعى عليه بإقراره . وليس لواحد منهما على صاحبه حقوق البيع لأن المدعى لم يلتزم البيع للمدعى عليه فلا يُحكم عليه بالبيع (٤ والله أعلم ٤) .

باب ما لا يجب فيه اليمين

قال (١ أبو بكر ١) الخصاف : { قال(٢ أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزُفر ٢) : الحدود كلها لا يجب فيها أيمان(٣) إلا السرقة // [ف ٤٦ ب] فإنه يُحلّف المدعى عليه إذا ادعى المدعى قِبَله مالا وأنه سرقه منه . حلّفه على المال : بالله ما له عليك هذا المال ولا عندك ولا قبلك من هذا الوجه الذى ادعاه ولا شىء منه ؟ فإن نكل عن اليمين لزمه المال ولا قطع عليه } . وهذا أصل متفق عليه لأن المسلمين لم يختلفوا أن الحدود لا تؤخذ بالنكول . وأبو حنيفة ، رضى الله عنه ، استخرج(٤) منها معنى وهو أنه لا يصح بذلها(٥) من جهة الحكم . وقاس عليه(٦) كل ما لا يصحّ بذله من جهة الحكم ،

---

202 (١) ل : بقبض . (٢) ف : المال للمدعى .
(٣) ف : فله . (٤) فى ل فقط .

203 (١) ساقط من ف .
(٢) ف : أبو يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد .
(٣) ساقط من ل . (٤) ل : لا يستورج .
(٥) كذا فى ج . وفى ل ، ف : بدلها . ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٦) ف : عليها .

اذ النكول عنده بذل [٧] وقد بيّنا هذا فى كتاب الدعوى [٧] . وأبو يوسف ومحمد قالا : الحدود أصل متفق عليه ، فسلّمناه[٨] // [ل ٤٨ ب] للاتفاق. وما عدا الحدود نحمله على الإقرار . فكل ما صح فيه الإقرار جاز أخذه بالنكول ، فيُحلّف ، وكل ما لا يصح فيه الإقرار لم يجز له أخذه بالنكول ، فلم يُحلّف عليه إلا أن يدعى به ثبوت شىء يصح فيه الإقرار ولا يمكن إثباته إلا بإثبات المعنى الذى لا يصح الإقرار فيه ، فيحلف فيه[٩] . لأن النكول عندهما قائم مقام الإقرار ، فما صح فيه الإقرار يجب فيه اليمين وما[١٠] لا يصح فيه الإقرار لا يمين عليه[١١] إلا على الوجه الذى ذكرنا[١٢] .

204 قال الخصّاف : { وكان أبو حنيفة لا يحلف فى النكاح إن ادّعى ذلك الرجل على المرأة أو المرأة على الرجل ، ولا يحلف فى الرجعة أيهما ادّعى ، ولا فى الولاء ، ولا فى الرق إن ادعى أن هذا مملوكه أو هذه مملوكته . ولا يحلف فى الإيلاء وهو الرجل يُولى من امرأته فيمضى أربعة أشهر ثم يقول : قد كنتُ فِئتُ إليها . فإنه لا يُستحلف على ذلك . ولا يحلف فى [١] النسب إن [١] ادّعى رجل أن هذا ابنه ، أو كان الابن هو المدعى أن هذا أبوه ، لم[٢] يحلف المدعى عليه منهما على نسب المدعى[٣] } . هذا الذى ذكر[٤] الخصاف وهى ست مسائل . والمسائل التى يخالف أبو حنيفة [٥] سائر أصحابه سبع : ست منها التى ذكرها الخصاف ، ومسئلة الاستيلاد لم يذكرها[٥] .

---

(٧) ساقط من ل . (٨) ف : سلمناه .
(٩) مزيد فى ف هنا : وسنبين هذا فيما يأتى بعد إن شاء الله .
(١٠) ساقط من ل . (١١) ل : على .
(١٢) ف ل : بينا .

204 (١) ل : النسيات . (٢) ساقط من ل .
(٣) ف : كسب . (٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ل .

وتفصيلها ثلاث فى النكاح وما يتعلّق به من الرجعة والفىء فى الإيلاء وثلاث فى الرق وما يتعلق بها من الولاء والاستيلاء وواحدة فى(٦) النسب وهو متعلق بالنكاح والرق جميعاً . فهذه سبع مسائل لا يُحلّف فيها أبو حنيفة ، وسائر أصحابه يُحلّفون فيها . (٧ وموضعه كتاب ٧) الدعوى . وأما ما لا يصح إقراره فيه لم(٨) يُحلّف عليه عندهم جميعاً ، إلا أن يدعى حقاً متعلقاً به يجوز إقراره فيه . وذلك مثل رجل ادّعى على رجل أنه أخوه لأبيه وأن أباهما مات وترك مالا فى يدى هذا المدّعى عليه فإنه يُحلف المدعى عليه على دعوى هذا ، فإن نكل عن اليمين شاركه فى المال الذى فى يديه ولم يثبت نسبه ، لأنه لو أقر بالنسب لم يثبت لأن قوله // [ل ٤٩ أ] غير مقبول على أبيه . وشاركه فى المال لأن إقراره بالمال جائز لأنه // [ف ٤٧ أ] أقر(٩) على نفسه فحلّفناه وأثبتنا عليه(١٠) بنكوله ما جاز إقراره فيه ، ولم يثبت ما لم يجز إقراره فيه .

205 { وكذلك لو ادعى رجل زَمِن أن هذا الرجل الآخر(١) أخوه وأن نفقته تجب عليه وأنكر الآخر (٢ الأخوّة فإن ٢) القاضى يحلفه على الأخوة ، فإن نكل (٣ كان عليه ٣) نفقة الزَمِن ولا يثبت النسب من أبيه . ولو ادعى الرجل فى المسألين جميعاً الأخوة ولم يدع بها ميراثاً ولا نفقة لم يحلف المدعى عليه على دعواه } لأنه لو أقر به لم يجز إقراره ، فلا تجب عليه اليمين . { وكذلك الوصية والوكالة : لو ادعى رجل على غيره أنه وصىّ الميت أو أنه وكيل الغائب ، وليس الوصى وارثاً ، لم تجب على الوصى ولا على الوكيل يمين } ،

---

(٦) ساقط من ل .

(٧) ف : وقد بينا تفسيرها فى .

(٨) ساقط من ف ، ج .

(٩) ساقط من ف .

(١٠) ساقط من ف .

205 (١) ساقط من ف .

(٢) ل : كان .

(٣) ف : فرض عليه .

لأن الوصى لو أقرّ بالوصية إليه لم تثبت الوصية بإقراره . وكذلك الوكالة لا تثبت بإقرار الوكيل ، فلا يمين عليهما . وأما إذا كان وارثاً فإنه[٤] يُحلف لأن الوارث يقوم مقام الميت ، ويُحلّفه . ألا ترى أن له أن يرد المبيع[٥] الذى اشتراه الميت بالعيب إلى بائعه ويُردّ عليه ما باعه الميت بالعيب ، ويُحلّف على الخصومة التى تولاها الميت ؟ والوصى ليس كذلك وإنما هو مثل الوكيل فى هذا الباب فلا يحلف على ما يُدّعى على الميت ولا يصح إقراره بأنه وصية ، فلا يمين عليه .

206 وكذلك الرجل فى يده غلام أو جارية أو عرض من العروض فادعى عليه رجلان ،كل واحد منهما أنه اشتراه من الذى هو فى يده فأقر به لأحدهما بعينه أنه باعه منه . فقال الآخر للقاضى : حلّفه[١] لى أنه لم يبعه منى ، فإنه لا يمين عليه فى ذلك { لأنه لو أقر له[٢] بعد ما أقر به للأول لم يجز[٣] إقراره لأن البائع إذا أقر بعد البيع فقال[٤] : قد كنتُ بعت العبد من غير هـــذا المشترى لم يُلتفت إلى قوله . كذلك هذا . قد صار العبد للمقر له بالبيع . فقول[٥] البائع [٦] بالبيع من الآخر [٦] غير مقبول . فإذا لم يقبل قوله فيه لم يجب عليه اليمين . فإن قيل : فلِمَ لا يُحلّفه ويضمّنه قيمته إذا نكل لأنه قد قد استهلك على الأول قيل // [ل ٤٩ ب] له إن الإنسان لا يضمن مال الغير[٧] بقوله ، ولم يؤخذ منه ها هنا غير القول ، فلا ضمان عليه . { وكذلك لو [٨] ادعى رجلان على امرأة [٨] تزويجها وقدماها إلى القاضى فأقرت أنها

---

(٤) مزيد فى ل هنا : لا . (٥) ف : المشترى .

206 (١) ف : يحلفه . (٢) ف : به .
(٣) مزيد فى ل هنا : له . (٤) ل : أنه .
(٥) ل : فيقول .
(٦) ف : بعد ذلك إنى كنت بعته من غيره .
(٧) ل : العين والمثبت فى ف ، ج . (٨) ل : أن اثنين ادعيا .

امرأة أحدهما فقال الآخر : حلـّفها لى[٩] ، فإنه لا يمين عليها { لأن إقرارها بالنكاح للآخر لم يجز فلا يمين عليها فيما لا يصح إقرارها فيه . { وكذلك لو ادّعى كل واحد من الرجلين على المدعى عليه هبة[١٠] العبد الذى فى يديه وأنه قد قبضه منه[١١] ، أو ادعى صدقة مقبوضة فهو مثل الشراء إذا أقر به لأحدهما أو نكل عن اليمين لأحدهما لم يحلّف للآخر { لأن إقراره للآخر [١٢] بعد[١٢] ما أقر للأول أو نكل عن يمينه لم يجز فلا يحلف عليه أيضاً . { وكذلك لو ادعى أحدهما // [ف ٤٧ ب] الشراء أو الهبة والآخر رهناً فأقر لصاحب الشراء أو الهبة لم يحلف للمرتهن { لأن الملك قد صار للمقر له ، فإقرار الذى فى [١٣] يده به لغيره لم يجز [١٣] . { وكذلك لو كان مكان الرهن إجارة فالمسألة بحالها { ، وهو مثل هذا .

207 فصـــل

{ ولو أقر به للمرتهن أو للمستأجر أولا حلف على دعوى المشترى والموهوب له { ، لأن إقراره بالرهن لم يوجب تمليك الرهن للمرتهن . وكذلك إقراره بالإجارة لم يوجب تمليك المستأجَر للمستأجِر . فإذا كانت الرقبة باقية على ملكه ويجوز إقراره بها لمدعيها[٢] حلـّف على دعوى مدعى الرقبة ، فإن نكل فى الشراء[٣] أو أقر به للمشترى بعد إقراره بالرهن أو الإجارة فالمشترى بالخيار إن شاء صبر حتى يفكّ الرهن أو تنقضى مدة الإجارة وإن شاء فسخ البيع .

---

(٩) ساقط من ل .

(١٠) ف ، ج : هذا .

(١١) ساقط من ف .

(١٢) ساقط من ف ، ج .

(١٣) ف : يديه للغير لا يجوز .

207 (١) ف : وكذا .

(٢) ل : المدعيا .

(٣) ل : المشترى .

208 فصـــل

{ ولو كانا جميعاً ادعيا الإجارة والرهن فأقر لأحدهما لم يحلّف للآخر } لأن كل واحد من المدّعيَيْن إنما ادعى حبس رقبة واحدة فى مدة واحدة[١]، فإذا استحق أحدهما حَبْسه فى تلك المدة لم يجز إقراره به للآخر . وكذلك الإجارة إذا ادعى كل واحد منهما استيفاء المنافع فى مدة واحدة ، فإذا استحق أحدهما استيفاء// [ل ٥٠ أ] المنافع فى تلك المدة لم يجز إقراره للآخر باستحقاق المنافع فى تلك المدة لأنه لا يملكها ، فصار المنافع ها هنا كالرقبة فى الهبة والشراء .

209 فصـــل

ولو ادّعى رجل على رجل شفعة دار اشتراها وحدّدها بدار له فسأل القاضى المدّعى عليه عن ذلك فقال : هذه الدار فى يدى لإبنى هذا الطفل ، فإن الدار تكون للطفل ولا يمين عليه لمدعى الشفعة { لأنه لو أقر بالشراء بعد إقراره بها للطفل لم يجز إقراره ، فلا يحلف على ما لا يجوز إقراره فيه . ويقبل بيّنة الشفيع عليه إن أقامها على الشراء لأن الأب خصم عن الطفل فتُقبل بينة المدعى عليه وإن لم تجب عليه اليمين .

210 ولو أن رجلا قدّم وصيا لرجل[١] إلى القاضى وادعى أن الميت أوصى إليه وإلى الوصى ، وأنكر الوصى ذلك ، لم تجب على الوصى اليمين على وصية المدعى{لأنه لو أقر بوصيته لم يجز إقراره بها ، فلا يُحلّف على مالا يصح إقراره فيه . ولكن المدعى لو أقام بينة على دعواه قبلنا بينته وأثبتنا وصيته . وليس إثبات الوصية على المدعى عليه فى هذا كإثبات الوكالة على المطلوب

---

208 (١) مزيد فى ل هنا : فى الرهن .

210 (١) ساقط من ف .

من جهة الغائب (٢ باستيفاء دينه ٢) . إن المطلوب يُحلَّف على وكالة الوكيل ، وإن أقر بها يلزمه تسليم المال . ولا يحلف المدعى عليه : بالله ما (٣هذا وصى الميت٣) وإن أقر بها لم يجز إقراره . والفرق بينهما أن المطلوب إذا أقر بالوكالة فإن القاضى إنما يأمره بدفع المال إليه بإقراره ويكون الغائب على حقه ، إذا جاء له أن يطالب المطلوب بحق نفسه ، فيكون إقرار المطلوب ها هنا // [ف ٤٨ أ] نافذاً على نفسه دون الغائب . وهذا غير ممتنع لأن إقراره بأن هذا وكيل الغائب بقبض الدين الذى عليه(٤) ليس فيه اعتراف أن حق الغائب قد سقط لأن وكالة الوكيل باقتضاء الدين لا تُبطل حق الموكِّل // [ل ٥٠ ب] فى الاقتضاء . ألا ترى أن له أن يطالب المطلوب بالاقتضاء مع بقاء الوكالة ؟ فلذلك قلنا إن إقراره بالوكاله جائز على نفسه دون الغائب ، فيؤمر بتسليم المال إليه ويكون الغائب على حقه . فإذا كان كذلك جاز للوكيل أن يحلفه(٥ لأن إقراره جائز فى تسليم المال إليه وإن لم يجز على الغائب ، فله أن يحلفه ٥) عليه إذا كان فى نكوله ثبوت حق الوكيل فى القبض كما يثبت فى الإقرار . وأما الوصى فليس كذلك لأن القاضى لو (٦ أجاز إقرار ٦) المطلوب على نفسه بدفع المال إلى الوصى كان ذلك قضاء على الميت لأن الوصى لا يثبت له حق القبض من جهة الوصية إلا مع بطلان حق الموصى فى القبض ، إذ الوصية لا تصح إلا بعد موت الموصى فحكم القاضى على المطلوب بتسليم المال إلى الوصى بإقراره من جهة الوصية حكم على الميت ، ولا يجوز(٧ أن يُقبل قول المطلوب على الميت فلا يُقبل إقراره ولا يُحلَّف عليه فيما لا يجوز٧) إقراره أيضاً . وفى مسئلة الوكالة لم يكن حكم القاضى على المطلوب بدفع المال بإقراره إلى الوكيل حكماً(٨) على الغائب إذا لم يكن فى ثبوت حق الوكيل فى القبض

---

(٢) ساقط من ف . (٣) ل : هذه وصى فلان الميت .

(٤) كذا فى ج . فى ف : على . والكلمة ساقطة ل .

(٥) ساقط من ل . (٦) ف : حكم بالإقرار .

(٧) ساقط من ل . (٨) فى الأصل : حكم .

نفى حق [٩] الموكـّل فى القبض لِمـا بيّنا ، فلذلك افترقا . وأيضاً فإن حكم القاضى على الغائب لا يجوز وحكمه على الميت جائز . فكذلك حكمه على المقر بدفع المال إلى الوكيل لا ينفذ على الغائب إذ لم يجز قضاؤه عليه فلا يمنع إنفاذ الحكم على المقر بالدفع إذ لم يكن فى ذلك حكم على الغائب . ولما كان حكمه على الميت جائزاً لم يجز له أن يأمر المقر بدفع مال [١٠] الميت [١٠] إلى الوصى لأنه يكون فيه حكم على الميت بقول المطلوب فلا يجوز للقاضى أن يحكم على الميت بقول المطلوب . فلذلك افترقا .

211 باب اليمين على العلم

الأصل فى هذا الباب أن المدعى إذا ادعى شيئاً على المدعى عليه وكان الشىء[١] المدّعى من فعل غير المدّعى عليه فإن المدعى يُحلّف على علمه دون البتات ، إلا أن يكون شيئاً يلزمه تسليمه مثل عيب المبيع ، إنه يجب على البائع تسليمه صحيحاً وإن كان العيب من غير فعل البائع . وإن كان الشىء المدّعى من فعل المدّعى عليه فاليمين على البتات[٢] . والحجة فى الوجهين جميعاً ما روى عن النبى صلى الله عليه // [ل ٥١ أ] وسلم فى القسامة فى قصة الأنصارى الذى // [ف ٤٨ ب] قُتل بخيبر ، يُحلف اليهود ، خمسين[٣] منهم : بالله ما قتلنا[٤] ولا علمنا قاتله . فأوجب اليمين على البتات[٥] فى أفعالهم[٦] ، وهو قولهم : ما قتلنا ، وعلى العلم على فعل غيرهم وهو قولهم : ولا علمنا قاتله . وقد استقصينا هذه المسئلة فى كتاب الديات . فإذا كان هذا على ما وصفنا

---

(٩) ف : الحاً لحق . (١٠) ل : اليتيم .

211 (١) ساقط من ف . (٢) ل : الثبات .

(٣) ل : خمسون . (٤) ل : قلنا .

(٥) ل : الثبات . (٦) ل : أقوالهم .

(٧)جئنا إلى مسائل الباب(٧) فقلنا { لو أن رجلا قدّم رجلا إلى القاضى فقال له : إن أبا هذا توفى ولى عليه ألف درهم ، فإنه ينبغى للقاضى أن يسئل المدعى عليه هل مات أبوه . فإن قال : نعم ، سأله عن دعوى الرجل على أبيه . فإن أنكر وأراد استحلافه على ذلك بالله ، حلّفه : بالله ما تعلم لفلان (٨) بن فلان(٨) هذا على أبيك هذا المال الذى ادعى وهو ألف درهم ولا شيء منه } ؟ والأصل فى هذا أن القاضى ، إذا اجتمعت الخصومات بعضها مبنية على بعض ، ينبغى له أن يرتبها ولا يُدخل بعضها فى بعض بدلالة ما ذكرنا من الوكيل ، إذا ادعى مالا على المطلوب الموكّل ، لم يُقبل قوله حتى يُثبت الوكالة أولا ، لأن خصومته فى إثبات المال على المطلوب مبنية على الوكالة . وكذلك المشترى إذا أراد رد العبد المشترى بالعيب لم يقبل القاضى خصومته فى الرد حتى يُثبت العيب أولا ، لأن خصومته فى الرد مبنية على حصول العيب فى العبد ، فلا يَقبل الخصومة فى الرد أو(٩) يُثبت العيب . كذلك فى مسئلتنا قد اجتمعت ثلاث خصومات ، أحدها كون الوارث خصما عن الميت ، وهذا لا يثبت إلا بعد موت الميت . (١٠) فينبغى أولا أن يثبت موت الميت حتى تثبت للمدعى خصومة الوارث . فإذا ثبت موت الميت (١٠) صار الوارث خصما عن الميت ، فحينئذ له أن يخاصمه فى إثبات المال على الميت . وهذه الخصومة لا تكون إلا بعد كون الوارث خصما عن الميت . فإذا ثبت المال على الميت كان له أن يخاصمه فى إثبات تركة الميت . وهذه الخصومة أيضاً ينبغى أن تكون بعد ثبوت المال // [ل ٥١ ب] لأنه ما لم يثبت له المال على الميت لا يكون خصما فى إثبات التركة . وليس لقائل أن يقول : ينبغى أن لا تكون الخصومة فى إثبات المال إلا بعد ثبوت(١١) التركة لأن الوارث لا يلزمه قضاء دين الميت إذا لم يترك الميت شيئاً

---

(٧) ساقطة من ل . (٨) ساقط من ف .

(٩) يعنى : الا أن . (١٠) ساقط من ف .

(١١) ف : إثبات .

من قِبل أن الميت وإن لم يترك فى يدى الوارث شيئاً فى الظاهر فإن للمدعى أن يُثبت الدين على الميت لكى إن ظهر للميت مال أو وديعة كان مستحقه بدينه دون الوارث . فالأوجب أن يخاصم أولا فى إثبات الدين ثم فى إثبات التركة . فهذه المسئلة قد انتظمت ثلاث خصومات ، أولها موت الميت حتى يصير الوارث خصما ، والثانية إثبات الدين على الميت ، والثالثة إثبات التركة فى يدى الوارث حتى يستحقها بدينه . فالخصومة [١٢] الأولى وهى موت [١٢] الميت يحلّف الوارث على علمه : بالله ما //[١٣] [ف ٦٩أ] تعلم[١٤] أن أباك قد مات ؟ والثانية أيضاً على علمه : لا تعلم أن لى عليه كذا وكذا درهماً ؟ والثالثة يُحلف على البتات : بالله ما ترك فى يدك[١٥] شيئاً من المال ؟ من قِبل أن الموت وإثبات الدين ليسا من فعل الوارث فلا يُحلف الوارث على الثبات[١٦] ويحلف على العلم . وأما قبض التركة فهو فعله فيُحلف على الثبات . فإذا كان هذا على ما وصفنا قلنا له إن القاضى ينبغى أن يسأل المدعى عليه عن موت الأب أولا ، فإن قال : نعم ، صار خصما للمدعى فيسأله عن دعوى الرجل على أبيه . فإن أنكر وأراد استحلافه على ذلك : بالله ما تعلم أن لفلان بن فلان هذا على أبيك هذا المال الذى ادعى وهو ألف درهم ولا شىء منه ؟ فإن حلف برىء من دعوى المدعى، وإن نكل عن اليمين وقال : لم يصل إلىّ من ميراثه شىء ، فقال المدعى : بل قد وصل إليـــه من مال أبيه ألف درهم أو أكثر فاستحلفه على ذلك البثات لأن الوارث هو القابض له[١٧] ،

---

(١٢) ل : الأولة هى وموت .

(١٣) هنا تنتهى صفحة ٤٨ ب من مخطوطة ف . ويظهر أن الورقات العشر التالية سقطت من مكانها فى المخطوطة ثم أعيدت إلى غير مكانها فيها ، فهى تقع فيها بين ٦٩ أو ٨٧ ب .

(١٤) ساقط من ف . (١٥) ف : يدى .

(١٦) ل : إثبات .

(١٧) مزيد فى ف ، ج هنا : ومن ملكه استحق الدين .

فيحلف على البتات . فإن حلف (٨ على ذلك ٨) برىء من دعواه ، وإن نكل عن اليمين يلزمه قضاء دينه .

212 ولم يرتب الخصاف هذا الترتيب وجوّز الجمع بين الخصومات // [ل ٥٢ أ] كلها وترك الترتيب على ماذكرناه وفرق بينهما (١) وبين ماذكرنا من الوكيل بقبض الدين والرد بالعيب . وهذا صحيح أيضاً . وما ذكرناه أحسن وسنبين وجه هذا فى موضعه إن شاء الله تعالى .

213 فصل

{ ولو (١) كان القاضى بدأ اليمين على التركة قبل إثبات الدين (٢ فيُحلَّف : بالله ما ترك والدى شيئاً من المال . وإن أراد المدعى استحلافه على إثبات الدين ٢) على الميت فقال الوارث : ليس علىّ يمين لأن الميت لم يترك شيئاً فإن القاضى لا يلتفت إلى هذا ، وله أن يحلفه على إثبات الدين } لما بيّنا أنه يجوز أن يظهر للميت مال ، فللمدعى أن يثبت الدين لكى (٣) إن ظهر للميت مال من دين على إنسان أو وديعة عند إنسان كان له أن يستحلفه (٤) بدينه .

214 فصل (١)

قال الخصّاف : { فإن أنكر أن يكون أبوه مات وأراد الغريم استحلافه

---

(١٨) ساقط من ف .

212 (١) لعله يريد : الموت وإثبات الدين .

213 (١) ف : قالوا ولو . (٢) فى ف ، ج فقط .
(٣) ل : لكن .
(٤) كذا فى ج ، ل . ولعل الصواب : يستحقه .

214 (١) هذا العنوان فى ل فقط .

على ذلك استحلفه : بالله ما تعلم أن أباك مات ولا وصل إليك من ميراثه شيء[٢] ؟ فإن نكل من اليمين فى ذلك حلّف فى الدين على علمه { . ولم يذكر أنه يحلّف أولا على موت الميت ثم يخاصم فى إثبات الدين . وفرّق بين هذا وبين الوكيل فى قبض الدين من المطلوب وبين الرد بالعيب . وذلك أن الطالب ها هنا ليس يدعى إثبات الدين على الوارث وإنما ادعى إثباته على الميت وأن[٣] الوارث قائم مقامه فى قضائه من مال الميت فيجوز أن يجمع بين ذلك كله[٤] ، كالطالب إذا ادعى على رجل أنه وكيل[٥] فلان بقضاء دين الطالب عليه وأقام على ذلك بينة قُبلت بينته فى كون المدعى عليه وكيلا بقضاء دين[٦] المطلوب . فإن // [ف ٦٩ ب] الدين ثابت على المطلوب وهو كيت وكيت فلا يحتاج إلى إثبات وكالة المدعى عليه من جهة المطلوب أولا ثم إثبات دين الطالب على المطلوب . كذلك مسئلتنا مثل هذا لأن الطالب ادعى المال [٧]على الميت[٧] وأن الوارث قائم مقامه فى قضاء الدين لكون التركة فى يده ، فله أن يحلفه على ذلك كله فى حال واحدة . فيحلّف : بالله ما تعلم أن أباك مات وأنه ترك مالا فى يدك ولا تعلم أن لى عليه كذا وكذا // [ل٢٠ ب] درهما . إلا أن الخصاف لم يذكر ثبوت الدين مع الموت والتركة . وهو كله فى معنى واحد فى باب الجمع بينهما فى خصومة واحدة . وأما الوكيل بقضاء الدين من المطلوب فليس كذلك لأن الوكيل ها هنا هو المدعى ، والمطلوب هو المدّعى عليه ، فالمدعى ها هنا يدعى إثبات الدين على المطلوب بوكالة الغائب وهو لا يكون خصما فى إثبات الدين على المطلوب إلا بعد الوكالة من جهة الغائب والمدعى فى مسئلتنا خصم لأنه يدعى اثبات الشيء لنفسه لا من جهة إنسان آخر . فإذا كان كذلك فارق مسئلة الوكيل مسئلتنا من هذه الجهة . وأما مسئلة الرد بالعيب فإن الفرق بينهما

---

(٢) ساقط من ل .
(٣) فى ل فقط .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ل : وكيلا .
(٦) كلمة غير مقروءة فى ل .
(٧) فى ف ، ج فقط .

وبين مسئلتنا أن الرد لا يجب ولا يثبت حكمه إلا بثبوت العيب لأنه لأجله يُسرَدّ المبيع ، وليس كذلك مسئلتنا ، لأنه ليس ثبوت المال[٨] مقصوراً على ثبوت الدَّين والتركة ، لأن الدين كائن[٩] لا محالة إذا كان ميتاً ، ثبت الدين أو لم يثبت ، ترك الميراث[١٠] أو لم يترك ، فافترقا من هذه الجهة[١١]. والثانى أن المشترى يدعى الحق على البائع دون غيره والبائع يقول : أنت ليس بخصم فى الرد ما لم يثبت العيب لأنه ليس لك حق الرد إلا بالعيب ، والعيب لم يثبت فلا خصومة بينه وبين البائع من هذه الجهة . وليس كذلك مسئلتنا لأن الطالب خصم فلا يدعى الدين على الوارث وإنما ادعى على الميت ، وأن[١٢] الوارث قائم مقامه فأشبه مسئلتنا ما ذكرنا من الطالب إذا ادعى على رجل أنه وكيل المطلوب فى قضاء الدين ، وأشبهت مسئلة الرد ما ذكرنا فى الوكيل بقبض الدين من المطلوب للعلة التى ذكرنا .

215 قال الشيخ : ويشبه مسئلتنا أيضاً المشترى إذا أراد رد المبيع بالعيب وقد ثبت العيب[١] إلا أن البائع أنكر البيع فله أن يحلفه : بالله ما بعت منى هذا العبد وما وجب لى عليك رد هذا العبد بهذا العيب // . ولا يحتاج إلى إثبات البيع أولا ثم إثبات الردّ بالعيب لأن الرد بالعيب لم[٢] يثبت إلا بعد البيع .

216 قال[١] : { ولو أن رجلا قدّم وارثاً[٢] // [ل ٥٣ أ] إلى القاضى وادّعى أن له على الميت حقاً سماه أو أن الميت أوصى إليه بوصية فإن الوارث

---

(٨) ب ، ج : الموت .
(٩) ساقط من ب .
(١٠) ساقط من ل .
(١١) المعنى مضطرب فى هذه الجملة .
(١٢) ب ، ج : ولو أن .

215 (١) ساقط من ل .
(٢) ل : وإن لم .

216 (١) فى ج فقط .
(٢) رجلا وارثاً .

يُستحلف[٣] على علمه // [ف ٧٠ أ] فى ذلك } . وكذلك كل حق يُدّعى على الميت[٤] فإنه يستحلف فيه على علمه من قِبَل أن الوارث خصم عن الميت فى كل ما يُدّعى على الميت[٤] لأنه قائم مقامه ، إلا أنه يحلّف على علمه لأنه على[٥] فِعل الميت .

217 مسـألة

قال[١] : { ولو أن رجلا اشترى جارية أو غيرها وقبض ذلك المشترى منـه ، ثم إن رجلا ادعى أنه اشترى ذلك من البائع قبل أن يشتريه هذا المشترى ، وقدم هذا المشترى إلى القاضى ، فإن المشترى الذى ذلك فى يده يستحلف على علمه : بالله ما تعلم أن هذا الرجل اشترى هذا الشىء من فلان ابن فلان قبل أن تشتريه أنت منه } ، من قِبل أن اليمين[٢] ها هنا على فعل الغير وهو البائع والمشترى الآخر الذى هو المدعى . قال : { فإن عرض المدعى عليه شيئاً[٣] فقال : قد[٤] يشتريه ثم ينتقض البيع ، فإن القاضى يحلفه : بالله ما تعلم أن هذا الشىء شراء لفلان بن فلان قبل أن تشتريه أنت ، يعنى فى[٥] حال ما اشتريته كان شراء[٦] للمدعى باقياً عليه } ، من قِبل أن القاضى لو حلف المشترى : بالله ما تعلم أن فلاناً كان اشتراه ، لم يقدر أن يحلف على ذلك إن كان فلان قد اشتراه وإن كان قد انتقض البيع بعد ذلك واشتراه المشترى ولم يكن بين البائع والمدعى بيع . وإذا كان كذلك لم ينبغ للقاضى أن يحلف المدعى عليه فيما يكون عليه حيف ، ولكن يُحلفه على ما بيّنا .

---

(٣) ف : يستحلفه . (٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ف .

217 (١) ل ف ، ج فقط . (٢) ل : الثمن .
(٣) ف : بشىء . (٤) ل ف ، ج فقط .
(٥) ساقط من ف . (٦) ساقط من ف .

218 قال : { (١ وكذلك رجل ١) قدّم رجلا إلى الحاكم فادعى أن غلامه(٢) استهلك له مالا أو جنى عليه جناية (٣ فيما دون النفس أو ادعى أنه جنى على ابنه أو جنى عليه جناية٣) فى النفس أو فيما دونها فإن مولى العبد يُحلَّف عليه(٤) : بالله ما تعلم أن عبدك هذا فعل كذلك } ، من قِبل أنه يمين على فعل الغير وهو العبد . ولو كان المدعى ادعى على العبد قَتْلَ ابنه عمداً (٥أو ولياً٥) فالمسئلة بحالها(٦) ، فإنه لا يمين على مولى العبد فى هذا لأن المولى لو أقر(٧) بذلك لم يجز إقراره على //[ل ٥٣ ب] عبده فى قتل العمد لأن المولى لا يملك هذا المعنى من العبد ، فلا يجوز إقراره لأنه لا يجوز إقرار الإنسان فيما لا يملكه . وإذا لم يجز إقراره لم يحلَّف عليه . وكذلك المطلوب إذا ادعى على الطالب أن وكيله قد قبض ما عليه من الدين وأنكر الطالب قبض الوكيل فللمطلوب أن يحلف الطالب : بالله ما تعلم أن وكيلك قد قبض منى هذا المال الذى يدعى ، لأن هذا أيضاً على فعل (٨ الغير وهو ٨) الوكيل ، فلا يحلف الموكّل على البتات .

219 فصل

{ فإن كان المدعى ادعى أن هذه الجارية التى اشتراها المشترى وقبضها هى لى ، ولم يكن له (١ بينة فإن له١) أن يحلّف المشترى الذى فى يديه الجارية على البتات : ما هذه الجارية لهذا الرجل ، يعنى المدعى ، ولا يحلفه(٢) على

---

218 (١) ل : وذلك رجل . (٢) ف : غلاماً له .
(٣) ساقط من ف ، ج . (٤) ف : على علمه .
(٥) كذا فى ف ، ج . أما فى ل فالكلمة غير واضحة .
(٦) ل : على حالها . (٧) ف ، ج : علم .
(٨) ساقط من ف .

219 (١) ساقط من ل . (٢) ل : يحلف .

علمه { . وليس هذا مثل أن يدعى المدعى أنه اشتراها من البائع قبله . ها هنا يحلف المشترى الذى فى يديه الجارية على علمه على ما بيّنا ، وهاهنا على البثات، من قِبل أن هناك ادعى المدعى أنه ملكها بفعل البائع وهو // [ف ٧٠ ب] إيجاب البيع فيحلّف[٣] المشترى الذى[٤] فى يديه الجارية على علمه لأنه على فعل الغير ، وفى مسئلتنا لم يدّع المدعى تلك الجارية بفعل إنسان[٥] وإنما ادعى ملك الأصل فيحلفه على التباث : بالله مالك هذه الجارية ولا شىء منها .

220 مسـألة

{ ولو أن رجلا ادعى داراً فى يدى رجل وأراد استحلافه فقال المدعى عليه : هذه الدار ورثتها من أبى . وقال المدعى : ما ورثت هذه الدار ولكنها وصلت إليك[١] من غير ميراث ، فإنه لا يُقبل قول المدعى عليه ويحلّف البتة على دعوى المدعى { ، من قِبل أن المدعى عليه يريد[٢] أن يسقط عن نفسه اليمين البثات بقوله : ورثتها من أبى ، لأنه لو ثبت أنه ملكها من جهة الإرث يحلف على العلم : بالله ما تعلم أن هذه الدار لى ، ولا يحلف على البثات . فإذا كان كذلك أراد المدعى عليه إسقاط اليمين التباث عن نفسه بدعواه لإرث الدار من جهة الميت ، ولا يصدّق على ذلك ويحلف على البثات لأن الظاهر أنها ملكه ، والمدعى عليه // [ل ٥٤ أ] فى استحقاق الملك المطلق[٣] يحلف على البثات .

---

(٣) ف ، ج : إياه فيحلف .   (٤) ساقط من ل .
(٥) ل : البتات .

220 (١) ل : له .   (٢) ساقط من ف .
(٣) ف ، ج : المطلوب .

221 فصـــل[1]

{ فإن قال[2] الذى فى يده الدار : حلِّف هذا المدعى أنها لم تصل إلىّ [3] من ميراث أبى فلان فإن القاضى [3] يحلفه على ذلك[4] بالله ما يعلم أنها وصلت إليه من قِبل ميراث أبيه } ، لأن الوارث ها هنا هو المدعى لإسقاط اليمين البتات عن نفسه ، والخارج مدعى عليه ، فله أن يحلف الخارج على دعواه لأنه على فعل الغير[5] ، فيُحلَّف على العلم . وإن حلف برىء من دعوى الوارث . ويحلف الوارث على دعواه على البتات لأنه قد برىء من دعواه . وإن نكل عن اليمين حلف الوارث على دعواه على العلم ، لأن نكوله بمنزلة قوله : إن الدار وصلت إليك أيها الوارث من جهة الميت ، فيحلف الوارث : بالله ما تعلم أن هذه الدار لهذا الرجل . فإن حلف برىء وإن نكل[6] دفع الدار إليه .

222 مســـئلة

{ ولو كان الخارج ادعى على الميت ديناً ألف درهم وأن أباه قد ترك فى يده ألف درهم وأقر الوارث بذلك كله وادّعى أن هؤلاء إخوتى ، وأحضرهم ، وهم اثنان أو ثلاثة أو أكثر صغار أو كبار أو بعضهم صغار وبعضهم كبار ، فإن القاضى يجعل الألف للطالب ولا يقبل قول الوارث أن هؤلاء إخوته فى إبطال حق الطالب عن الألف للتركة[1] } من قِبل أنّا إذا لم نعلم هناك وارثاً غير الذى فى يده الألف فالظاهر أن الميت لم يترك وارثاً غيره وأن الذى فى يده ملكه يجوز إقراره فيه وتصرفه ، فلما أقر

---

221 (١) هذا العنوان فى ل فقط ؛ (٢) مزيد فى ل هنا : القاضى الرجل .
(٣) ف : جهة ميراث . (٤) مزيد هنا فى ف : بعلمه .
(٥) ف : غيره . (٦) مزيد فى ف هنا : عن اليمين .
222 (١) ف : التركة .

للطالب بالدين وأن الميت قد ترك ألف درهم فقد اعترف بأن الطالب أولى بهذه الألف من غيره ، فيجوز إقراره فيه للطالب . وقوله بعد ذلك — وإن كان موصولا — : إن هؤلاء إخوتى ، غير مقبول على الطالب . كرجل فى يده مال فأقر به لزيد // [ف ٧١ أ] ثم[٢] قال : هو[٣] لعمرو . إن القاضى يأمره بدفع المال إلى زيد المقـَرّ له أولا دون الثانى ، ويضمن للثانى فى غير الوديعة . وليس الغرض// [ل ٥٤ ب] فى هذا حكم ضمان الثانى لأن هذا يتنوع أنواعاً كثيرة ، والغرض من هذا أن نبين أن عين المـال لا يستحق[٤] المقر له الثانى وإنما يستحقه الأول . كذلك فى مسئلتنا . وليس هذا كالمريض إذا أقر بالدين لرجل ثم بالوديعة لغيره ولا مال له غير المقر به . إن صاحب الدين والمودِع يتخاصمان فى العين المقر به من أن قِبل المودِع ، أقل أحواله ، أن يكون كصاحب الدين فى هذا الموضع لأن الوديعة إذا لم تكن بعينها صارت ديناً على الميت . فنحن إذا لم نصدّقه على كون[٥] العين وديعة للمودع[٦] لم يكن لنـا بد من أن نحكم عليه بما يقتضى إقراره ، وهو حصول الوديعة ديناً على الميت ، فصار كإقراره بالدين لرجل [٧] ثم بالدين لرجل آخر [٧] ، إنهما يتخاصمان فى العين . وليس كذلك مسئلتنا لأن كون الأخوّة لا يوجب ثبوت الدين على الميت فلا يُقبل قوله فى استحقاق العين إذ قد أقرّ أن الطالب مستحق لها بالدين ، فلذلك افترقا .

223 قال : { ولو أقر بالإخوة ثم بما ادّعى المدعى من دين فتركة[١] فإن القول كما قال الوارث و يسلـّم حصته من الألف التركة إلى الطالب ، وحصة سائر الإخوة يسلـّم[٢] إليهم ، ولا يكون للطالب منها شىء } ، كما قلنا فى الإقرار

---

(٢) ل : لى . (٣) ساقط من ل .
(٤) كذا فى ل ، ف ، ج ولعل الصواب : يستحقه .
(٥) ف : أن هذه . (٦) ساقط من ف .
(٧) ساقط من ف ، ج .

223 (١) ف : أو تركه . (٢) ساقط من ف .

بما فى يده لزيد ثم لعمرو لأنه قد أقر [٣]بأن هذا[٣] العين له ولسائر الإخوة . وهذا القول منـــه[٤] مقبول لأن الشىء فى الظاهر أنه له[٥] ، فإقراره[٦] بعد ذلك أن لهذا على[٧] الميت ألف درهم وأن هذا المـال من[٨] تركة الميت لا يوجب بطلان حق سائر الإخوة عن العين وإن كان موصولا كما قلنا فى الإقرار وكما قلنا[٩] فى المريض إذا أقر بوديعة [١٠] لرجل ثم بالدين لآخر . إن الوديعة يأخذها المودِع دون صاحب الدين . كذلك هذا قد اعترف [١٠] بأن العين بعضها ملك للورثة وهو حصصهم ، فإقراره للطالب بالدين[١١] على الميت لا يوجب زوال ملك الورثة عن العين بقوله . فإذا كان كذلك تُسلم حصته إلى الغريم لأنه قد اعترف أنه لا حق له إلا بعد استيفاء الغريم الدين إذ كان الله تعالى لم يوجب للوارث ملكاً إلا بعد استيفاء الغريم الدين لقوله تعالى : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيةٍ يوصَى بها أو دَيْن ﴾[١٢] .

224 باب قبول البينة بعد اليمين

الأصل فى هذا[١] أن بينة المدّعى مقبولة بعد يمين المدّعى عليه لقول النبى صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى [٢] واليمين على المدعى عليه[٢] » . وهذا عام فى جميع الأحوال [٣] لم يخص حال إقامة البينة قبل اليمين من حالها

---

(٣) ف : بهذه .
(٤) ل : فيه .
(٥) ف : ملكه .
(٦) ل : بإقراره .
(٧) ساقط من ل .
(٨) ل : فى .
(٩) ساقط من ف .
(١٠) ساقط من ل .
(١١) ل : والدين .
(١٢) سورة النساء ، ٤ ، ١٢ .

224 (١) ساقط من ف .
(٢) ما بين قوسين فى ف ، ج فقط . أنظر بخارى ، رهن ، ٦ .

بعد اليمين فيكون على العموم ، ومن جهة النظر أن (٣) اليمين لا يثبت حكمها مع بينة المدعى (٤) بدلالة اتفاق الجميع على أن حكمها ساقط مع بينة المدعى (٤) في الابتداء إذا اجتمعا ، ولما رُوى عن عمر // [ف ٧٠ ب] أنه قال : اليمين الفاجرة أحق أن تُرَدّ من (٥) البينة العادلة . (٦) كذلك روى (٦) عن شُريح وطاؤوس عن أبيه وغيرهم من التابعين (٧) .

225 قال أبو بكر الخصّاف (١) : { وكذلك لو قال الطالب للمطلوب : إحلفْ وأنت برىء من هذا الحق ، أو قال : إذا حلفت فأنت برىء من هذا الحق الذى (٢) أدّعى قِبلك (٣) ، فحلّفه القاضى على ذلك ، ثم جاء المدّعى بالبينة على دعواه ، قُبلت بينته ويحكم له بحقه على المطلوب } ، لأن البراءة لا تتعلق على الإخطار (٤) . ألا ترى أنه لو قال : إذا دخلتَ الدار فأنت برىء ، فدخل الدار ، لم يبرأ ؟ فكذلك هذا (٥) .

---

(٣) ل : لأن . (٤) ساقط من ف .
(٥) ف : إلى . (٦) ف : وروى مثله .
(٧) مزيد هنا فى ف : من غير نكير من أحد عليهم .

225 (١) فى ف ، ج فقط . (٢) فى هامش ل .
(٣) ف : عليك . (٤) كذا فى ف . فى ل : الأحكام .
(٥) مزيد هنا فى ف ، ج سؤال وجه إلى الشيخ الجصاص عن الكفالة وهو كما يلى : قيل للشيخ رحمه الله : أليس براءة الكفيل من الدين لا يكون فيها تمليك وإنما هو إسقاط وإن كان فى براءة المكفول عنه تمليك ؟ فلم لا تقول أن براءة الكفيل يصح تعلقه بالإخطار كما قلنا فى العتق والصلح من دم العمد وإن لم يصح تعلق براءة المكفول عنه على الإخطار ؟ فقال الشيخ رحمه الله : ليس مسئلتنا فى الكفيل حتى يلزمنا هذا . قيل له : لم يفرق بين الكفيل والمكفول عنه فى مسئلتنا ، فهل يكون الحكم على هذا بالتفصيل ؟ فلم يجب عن هذا غير أنه قال : مسئلتنا فى غير الكفيل وهى بينة إذا عملناها على غير الكفيل ، لأن براءة المكفول عنه فيها تمليك فلا تتعلق على الاخطار كما لا يتعلق البيع وسائر التمليكات على الاخطار .

226 قال الخصاف : { قال أبو حنيفة فى رجل قدّم رجلا إلى القاضى فادّعى عليه مالا أو حقاً من الحقوق فأنكر ذلك المدّعى عليه [1] فاستحلفه على دعوى [1] المدعى ، فلما حلف قال المدّعى : إن لى بينة ، فإن القاضى يقبل ذلك منه } . وقد بينا فيما تقدم أن البينة تُقبل بعد الحلف . قال : { وكذلك لو قال المدّعى إنه لا بينة لى فأحلِفْه لى ، فأحلفه القاضى ، ثم جاء المدّعى ببينة عادلة قُبلت . وكذلك لو قال : كل بينة أجىء بها[2] فهم شهود زور ، أو قال : ليس لى عند فلان شهادة ، أو قال : كل شهادة يشهد بها فلان وفلان[3] فلا حق لى فيها ، ثم ادّعى بعد أن حلّف المدّعى عليه على دعواه بشهاده //[ل ٥٥ ب] الذين أقر أنه ليس له عندهم شهادة فشهدوا بذلك وهم شهود عدول فإن شهادتهم جائزة مقبولة فى جميع ما ذكرنا ، ولا يكون هذا إكذاباً لشهادة الشهود[4] } من قِبل أنه يُحتمل أن لا يكون للمدعى علم بشهادتهم فأخبر بما كان عنده من العلم بذلك ثم علم بعد ذلك أن أولئك قد حضروا عقد المداينة أو أقر المدّعى عليه بذلك بغير[5] محضر من المدّعى . فإذا كان كذلك لم يُكذّب المدعى البينة فى ذلك فتُقبل شهادتهم . وليست الشهادة فى ذلك كاقرار المدعى بأن لا حق له على المدعى عليه ثم ادعى عليه حقاً أو مالا لأن[6] إقراره بدءاً يبطل دعواه . ثانياً من قِبل أن البراءة من الحقوق والأموال جائزة ، //[ف ٧٢ أ] ومن الشهادة لا تجوز . ألا ترى أنه لو قال للشاهد[7] : قد أبرأتك من الشهادة ، أو : قد عفوت عنك ، أو : قد وهبت لك ، إنه[8] لم تصح البراءة ؟ وليس للشاهد أن يُمنع من الشهادة إذا طلبها المدّعى منه[9] لأن إقامة الشهادة من حق الله تعالى فلا تصح

---

226 (١) ف : فأحلفه على دعواه .
(٢) ل : بهم .
(٣) فى ف فقط .
(٤) ل : بالشهادة .
(٥) ف : يعنى .
(٦) ل : لأن .
(٧) ل : الشاهد .
(٨) ساقط من ف .
(٩) ساقط من ف .

البراءة منها[١٠] .

227 قال الخصّاف : { وهذا كله رواية الحسن بن زياد عن أبى حنيفة . وروى أصحاب محمّد [١] بن الحسن [١] عن محمد أنه قال : إذا قال المدّعى للقاضى : ليست لى بيّنة عليه[٢] أدّعى ، ثم أحضر شهوداً عليه بعد ذلك على هذه الدعوى ، لم أقبل منه ولم أسمع من شهوده . وحملتُه[٣] على سائر الحقوق التى لو اعترف أنه لا شىء له على المدّعى عليه لم يكن له المطالبة بها بعد ذلك لأن الشهادة حق [٤] المدعى عند [٤] الشاهد كسائر الحقوق التى تكون للمدعى عند المدعى عليه } وهذا غلط لأن الشهادة وإن كان للمدعى فيها حق فإنه لا يصح فيها البراءة كما ذكرنا إلا أن يكذّب المدعى فى شهادتهم . وقد بينا أنه ليس فى هذا إكذاب[٥] لهم ، فلا تبطل الشهادة بهذا .

228 باب النكول عن اليمين[١]

الأصل فى هذا الباب أن نكول المدعى // [ل ٥٦ أ] عليه عن اليمين

---

(١٠) مزيد فى ف ، ج هنا فقرة تمت إلى الحقوق الأخرى وهى هذه : ولو قال فى الحقوق التى فى ذمه المدعى عليه : قد أبرأتك من كل الحقوق ، برىء المدعى عليه من دعواه . وكذلك لو قال : وهبت لك ، وكان الحق مما يثبت فى الذمة أو هو معنى غير ثابت ، إن هبته لذلك جائزة . وكذلك العفو فى هذا . ولا مطالبة للمدعى بعد ذلك على المدعى عليه . فلذلك فارق إقامة الشهادة سائر الحقوق . والشهادة فى هذا على الإقرار وعلى عقد المداينة سواء لأن ما صح فى الإقرار من التأويل الذى ذكرنا الذى لا يوجب بطلان الشهادة موجود فى الشهادة على عقد المداينة ، إذ كان ها هنا أيضاً يجوز أن [لا] يكون للمدعى علم بشهادة الشهود على ذلك ، فلا يكون مكذباً لشهادتهم .

227 (١) ساقط من ف . (٢) ل : عليك .
(٣) ف : وحكمه . (٤) ف : للمدعى عنه .
(٥) ف : إكذابا .

228 (١) فى ل : باب أخذ الكفيل . ولكن عنوان الباب مثبت فى الهامش كما هو أعلاه .

يوجب إلزام المدعى [٢]عليه الحقَّ المدّعى به[٢] . وقد بينا هذه المسئلة فى كتاب الدعوى وغيره . قال[٣] : { ومتى حكم القاضى على المدعى عليه بالحق عند النكول لم يقبل منه يمينه بعد ذلك } لأن الحكم بالنكول بمنزلة إقرار المدّعى عليه بالحق ، والقاضى إذا سمع من المدّعى عليه إقراره بحق المدعى لم يقبل منه بعد ذلك إنكاره . كذلك فى مسئلتنا ، لمّا حكم بالنكول فقد ثبت الحق فلا يُلتفت بعد ذلك إلى قول المدّعى عليه فى إسقاط ذلك الحق عن نفسه بالحلف . وروى مثل هذا عن ابن عباس وشريح[٤] .

229 مسـئلة

{ وإذا قدّم رجل رجلا إلى القاضى وادّعى عليه مالا من قرض أو مداينة ، أو ادّعى فى يده ضيعة أو داراً وحدّد ذلك ، أو ادعى عرضاً من العروض أو شيئاً بعينه ، فاستحلفه القاضى على ذلك فأبى أن يحلف ، فإن القاضى يقول له : إنى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات ، فإن حلفت وإلا ألزمتك دعوى الرجل ، والذى أعرض عليك أن تحلف : بالله ما لهذا عليك هذا المال الذى ادّعى وهو كذا وكذا ولا شىء منه ، أو : ما لهذا فى يديك

(٢) ل : الحق عليه المدعى . (٣) فى ف ، ج فقط .

(٤) مزيد فى ف ، ج هنا الحديث التالى : وروى عن سالم أن ابن عمر باع غلاماً له بثمانمئة درهم فوجد به المشترى عيباً فخاصمه الى عثمان ، فقال : بعته بالبراءة ، فأبى أن يحلف ، فرده // [ف ٧٢ ب] عثمان رضى الله عنه عليه . وفائدة هذا الخبر أن نكول المدعى عليه يوجب حق المدعى . قيل للشيخ رحمه الله : ما معنى استحلاف عثمان ابن عمر بالله لقد بعته وما به عيب يعلمه وابن عمر قد أخبر أنه باع العبد بالبراءة ، والعبد وان كان معيباً لم يلزمه القبول حتى يحلف المشترى؟: بالله ما أبرأتك من العيب الذى به . فقال : ليست المسئلة على أن ابن عمر أقر أن العبد كان معيباً وقت البيع وأن المشترى قد أبرأه منه وانما المسئلة على أن ابن عمر ادعى أن العبد كان مبرأ من العيب معافاً منه وقت البيع وأن العيب انما حدث به بعد قبض المشترى ، فحلف ابن عمر : بالله ما بعته وهذا العيب به لهذا المعنى . ولو كان دعواه على ما ذكرت كان حكمه على ذلك الوجه دون غيره .

هذه الضيعة أو هذه الدار التى حدّدها أو الجارية التى سماها[١] ولا شىء من ذلك ، فإن نكلتَ عن اليمين ألزمتُك جميع الشىء . ثم يقول له : إحلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذى ادّعى وهو كذا وكذا . فإن أبى أن يحلف قال له مرة أخرى مثل ذلك . فإن أبى قال له : بقيت الثالثة ثم أحكمُ عليك . ثم يقول له فى[٢] الثالثة : إحلف على ما قال أول مرة . فإن نكل عن اليمين ألزمه ذلك الشىء الذى ادعاه المدعى قِبله . وإن حلف برىء من دعواه } .

وهذه المسئلة[٣] قد انتظمت أحكاماً كثيرة[٤] أحدها أن القاضى لا يحكم على المدّعى عليه بالنكول حتى يعرض عليه اليمين ، والثانى أن العرض عليه ثلاث مرات ، والثالث[٥] أن نكوله عن اليمين فى المرة الأولى والثانية لا يمنع حلفه فى المرة الثالثة وبراءته[٦] من حق المدعى . فأما عرض[٧] القاضى عليه اليمين بعد النكول فلأنه يجوز أن لا[٨] يكون المدّعى عليه عَلِمَ بأن القاضى ممن يرى الحكم بالحق بالنكول // [ل ٥٦ ب] فلا يلزمه الحق عند [الإباء][٩] قبل عرض اليمين عليه حتى يُعلمه حكمه فى النكول احتياطاً لأن الناس فى ذلك مختلفون ، فمنهم مَن يوجب الحق بالنكول ، ومنهم مَن لا يوجب . والقاضى إذا احتاط فيه فينبغى أن يُعلمه بذلك أولا[١٠] .

ولا نشبّه[١١] نكوله بدءاً قبل عرض[١٢] اليمين ثلاث مرات بمنزلة إقراره بالحق المدّعى من قِبل أن النكول بمنزلة الإقرار عندهما أيضاً إذا حكم الحاكم به . فأما قبل القضاء فلا يثبت حكمه لأنه ليس هو محض الإقرار وإنما[١٣]

---

229 (١) ف : سمى . (٢) فى ج فقط .

(٣) ساقط من ل . (٤) ساقط من ل .

(٥) ل : والثالثة . (٦) ف ، ج : وما به . وفى ل : براته .

(٧) ل : اعراض . (٨) ساقط من ل .

(٩) فى ل : عبدا . وفى ف : الابيا ولعل المثبت هو الصحيح .

(١٠) ساقط من ف . (١١) ل : لسبه . ف : يشبه .

(١٢) ل : الاعراض على . (١٣) ساقط من ف .

حكمه يثبت عند الحاكم فصار // [ف ٧٣ أ] مثل الشهادة لا يثبت حكمها(١٤) إلا بالقضاء(١٥) . فكذلك على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه . وإن كان النكول (١٦) عنده بدل الاستحقاق (١٦) إنما يتعلّق به بعد القضاء لأنه ليس له حكم إلا عند الحاكم ، فصار مثل الشهادة . فكما لا يثبت الحق بالشهادة إلا بالقضاء كذلك بالنكول . وأما الإقرار فحكمه ثابت بنفسه سواء كان ذلك بمحضر من الحاكم أو بغير محضر منه فلذلك افترقا . وأما عرضه(١٧) اليمين ثلاث مرات فلأنه لمّا لم يكن محض(١٨) الإقرار وكان الناس مختلفين فى قطع الحكم به فالأحوط فى ذلك أن يعرض عليه ثلاثاً . أما قبول يمينه فى المرة الثالثة وإن نكل عن اليمين فى المرة الأولى والثانية فلما بينا أن النكول لا يوجب قطع الحكم بالحق المدّعى حتى يحكم الحاكم (١٩) به ، والحاكم(١٩) لم يحكم عليه فى المرة الأولى والثانية ، فله أن يحلف فى المرة الثالثة ويبرأ من دعواه ، كما كان له أن يحلف على ذلك فى المرة الأولى . والعلة(٢٠) أن الحق لم يلزمه بعد .

230 فصــــل

قال : { فإن أمره بالحلف مرّة فقال : لا أحلِفُ . ثمّ قال له الثانية : إحلف بالله على دعوى هذا الرجل ، فقال : نعم أنا أحلِفُ ، فقال له : قلْ والله . فلما قال ذلك قال : لا أحلِفُ ، فإنّ القاضى يحتسب عليه بالمرّة الأولى التى كان أبى أن يحلف فيها وبهذه المرّة الثانية ، ويعرض عليه اليمين فى

---

(١٤) ل : حكمه .

(١٥) مزيد فى ل هنا : كالشهادة لا يثبت حكمها الا بعد القضاء بها .

(١٦) ف : بدل عنه فإن الاستحقاق .

(١٧) ل : اعراضه .

(١٨) ل : بمحضر .

(١٩) ساقط من ل .

(٢٠) ف : والمعنى الجامع بينهما .

المرّة الثالثة . فإن حلف وإلا // [ل ٥٧ أ] ألزمه(١) المال } . ولا يُبطل قوله أنا أحلف إياه اليمين في المرّة الأولى من قِبل أنه لو كان كذلك ما وصل المدّعى قطّ إلى حق نفسه ، لأن المدعى عليه كان يفعله في كل مرتين مثل هذا فلا يثبت عليه عرضُ اليمين بحال . وهذا يؤدّى إلى إسقاط حق المدعى . ومعلوم أن المدعى قد يثبت له حقّ بنكوله في المرّة الأولى حتى إن نكل عن اليمين مرتين أخريين(٢) حكم له القاضى بالمال على المدّعى عليه . وإذا كان كذلك لم يكن للمدعى(٣) عليه أن يبطل هذا الحقّ عن نفسه إلا برضاء الطالب ، ولا يشبه هذا نكوله عن اليمين في المرّة الأولى وسؤاله المدّعى في المرّة الثانية أن يؤخّره(٤) يومه ذلك فأخّره ثم أعاده عليه في مجلس آخر ، إنّ القاضى يستقبل عرض اليمين عليه ثلاثا ولا يعتدّ بتلك المرة الأولى من قِبل أن هاهنا لمّا حلّفه القاضى في المرة الثانية سأل المدعى(٥) تأخير الحكم إلى مجلس آخر ، فلما رضى المدعى بذلك أسقط حق نفسه في المرة الأولى .

231 فصل

{ ولو كان المدّعى عليه حين استحلفه القاضى سكت(١) ولم يجبه بشيء فإن القاضى يقول : إنى أعرض عليك اليمين ثلاثاً فإن لم تحلف حكمت عليك بما ادّعى . ثم يعرض(٢) عليه اليمين ثلاثا ، فإن حلف وإلا ألزمه ذلك بعد أن يكون الرجل صحيحاً لم تنزل به آفة تمنعه من الكلام . فأمّا إذا لم يعلم القاضى // [ف ٧٣ ب] ينبغى له أن يأخذ منه كفيلا حتى يسأل عن قصته

---

230 (١) ساقط من ل . (٢) اخرادين ف : أخرائين .
(٣) ل : المدعا . (٤) ل : يؤخر .
(٥) مزيد في ل هنا : عن .

231 (١) مزيد في ل هنا : عنه . (٢) ف : أعرض .

وحاله : هل به آفة تمنعه من السمع والكلام . فإن تبين له أنه ليست به آفة وادّعى المدعى[٣] حقه فإنه يسأله عن دعوى المدعى ويقول له : إنى أعرض عليك اليمين ، على ما فسرنا } . وذلك أن القاضى إذا علم بصحّته وأنه ليس به آفة تمنعه من السمع والكلام لم يجز له الاقتصار على سكوته إذا كان فى ذلك إبطال حق المدعى ، وهو منصوب لإيصال كل ذى حق إلى حقه . فيعرض عليك اليمين ثلاثا بعد أن يعلمه حكمه بالنكول بالثالثة كما قلنا فى الذى نكل ولم يسكت لأنهما متساويان فى الحكم ، إذ قد لزم كل واحد منهما خروجه من دعوى المدعى إمّا بالحلف أو ببذل الحق . وأما إذا لم //[ل ٥٧] يعلم القاضى قصته فإنما يأخذ منه كفيلا حتى يتبين قصته ، لأنه[٤] يجوز أن يتعمد لذلك حتى يُخلّى ويُسقط عن نفسه حق[٥] المدعى فيحتاط القاضى فى ذلك ويأخذ منه كفيلا بنفسه لكى إن غاب عنه[٦] أحضره الكفيل ليفصل بينه وبين المدعى . وإن وقف القاضى على قصته وهو صحيح كان حكمه على ما بينا[٧] فى الفصل الأول . وإن كان به آفة من خرس أو صمم فإنه يحكم عليه على حسب ما يوجبه الحكم من الإشارات وغيرها .

232 فصل

{ [١]وكذلك حكمه فى كل حق يدعى المدعى على المدّعى عليه فيما يجب فيه اليمين[١] ويُؤخذ بالنكول إلا فى القصاص فإن أبا حنيفة كان يقول: إن كان[٢] القصاص فى النفس يُحبس حتى يُقرّ أو يُحلّف بعدما نكل عن اليمين

---

(٣) ف : عليه .
(٤) ف : لا .
(٥) ل : من .
(٦) ل : عليه .
(٧) ساقط من ل .

232 (١) ساقط من ل .
(٢) ساقط من ف .

إبتداء ، ولا[٣] يُحكم عليه بالقصاص ، وفيما دون النفس يُقتَصّ منه بالنكول بعـــد أن يعرض عليه اليمين ثلاثا ، على ما بينا فى سائر الحقوق . وأما أبو يوسف ومحمد فانهما يوجبان الدية فى النفس فى ماله[٤] وفى ما دون النفس أرش الجناية } . وجه قول أبى حنيفة فى مفارقة النفس[٤] وفى القود لسائر الحقوق أن القياس فى النفس وفى مادونها سواء ، ويقتص منه فى الوجهين جميعاً لأن القتل مما يصحّ بذله من جهة الحكم فى القياس . لأن رجلا لو قال لرجل : اقتلنى ، فقتله كان القياس أن لا يجب على قاتله شىء إلا أنه استحسن وأوجب الدية . فإذا كان كذلك كان القياس عنده أن الناكل يقتص فى النفس أيضاً كما يقتص فى ما دون النفس إلا أنه استعظم أمر النفس فلم تؤخذ بالنكول مختلفاً فيه ولسقوط القود بالشبهة . واستحسن بعدوله من القود إلى الحبس [٥]حتى يقر أو يحلف[٥] . [٦]وقد بينا هذه المسئلة فى كتاب الديات[٦] . ولم[٧] يوجد هذا المعنى فى ما دون النفس لأنه ليس حكم ما دون النفس فى الاستعظام كحكم النفس فصار مثل سائر // [ف ٧٣] الحقوق التى تؤخذ بالنكول . وأما أبو يوسف ومحمد فانهما ذهبا إلى أن القود فى النفس وما دونها قد ينتقل إلى المـال عند دخول الشبهة . والنكول مما اختلف فيه فصار شبهة // [ل ٥٨ أ] فى دَرْء[٨] القود ، ويلزمه الدية فى النفس والأرش فى ما دونها .

233 قال : { ولو كان المدّعى عليه نكل عن اليمين فى المرة الثالثة [١]فلما أراد[١] القاضى أن يحكم عليه بالنكول[٢] قال : أنا أحلف ، فإن القاضى يقبل

---

(٣) ل : أولا .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ف .
(٦) ساقط من ل .
(٧) ل : قال ولم .
(٨) ل : درى . ف : كـذا ، ج : دزى .
233 (١) ف : فأراد .
(٢) مزيد فى ف هنا : ثم .

ذلك منه ويحلف على دعوى الرجل . فإن حلف لم يلزمه شيء ، وإن نكل حكم عليه بالحق المدّعى (. وذلك أن النكول وإن كان فى المرة الثالثة فليس هو [٣]إقرارا محضا[٣] ولم [٤]يلزمنا به[٤] حق المدعى[٥] ما لم يحكم به الحاكم لِمَا بينا ، فلا يمنع يمين المدّعى عليه كما لم يمنعه من اليمين نكوله فى المرة الأولى والثانية .

234 باب أخذ الكفيل[١]

قال : (وينبغى للقاضى أن يأخذ من المدّعى عليه كفيلا بنفسه مقدار ثلاثة أيام إذا أراد[٢] المدعى ذلك وادّعى أنه له بيّنة حاضرة فى المصر . وإذا ادعى بينة غائبة لم يؤخذ منه كفيل[٣] . (وهذا مروى عن أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : يأخذ منه كفيلا إلى الوقت الذى يمكنه التقدم فيه إلى القاضى . وليس يحصل فى هذا خلاف بينهما[٤] لأن مدة ثلاثة أيام عند أبى حنيفة إنما[٥] جعله قدر ما بين قيام الحاكم[٦] من المجلس إلى وقت جلوسه فى المجلس الثانى . فالحاصل أن لا خلاف بينهما فى ذلك . وهذا إذا لم يكن المدّعى عليه مسافراً ، والحق مما لا تُسقطه الشبهة . فأما إذا كان المدعى عليه مسافراً لم يؤخذ منه كفيل[٧] لكنه يؤجّل المدعى مقدار قيام[٨] القاضى فى[٩] المجلس حَسْبُ . فإن جاء ببينة وإلا خلّى سبيل المسافر .

---

(٣) ف : إقرار محض . (٤) ل : يلزمناه .

(٥) ل : المدعا .

234 (١) كان عنوان هذا الباب فى ل : باب النكول عن اليمين ، ولكنه شطب عليه وأثبت فى الهامش كما هو أعلاه .

(٢) ل : ادعى . (٣) ل ، ف : كفيلا .

(٤) ل : بينهم . (٥) ل : أيضاً .

(٦) ل : الحكم . (٧) ل ، ف : كفيلا .

(٨) ل : مقام . (٩) ف : من .

وأما إذا كان الحق(١٠) المدّعى مما (١١تسقطه الشبهة١١) كالحدود والقصاص (١٢ في النفس ١٢) فإن أبا حنيفة قال(١٣) : لا يجوز أخذ الكفيل عندى في ذلك . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان(١٤) الحد مما لا يتعلق به حقوق بنى آدم كحد الشارب والزانى ونحوهما لم يؤخذ منه كفيل ، وإن كان مما يتعلق به حق بنى آدم مثل حد القذف والسرقة ، إذا ادّعى المسروق منه المال الذى سرقه ، والقصاص ، يؤخذ منه كفيل(١٥) وإن كان مما تسقطه الشبهة . وإذا ادّعى // [ل ٥٨ ب] بينة حاضرة على ما بينا(١٦) فى سائر الحقوق . هذه هذه جملة ما حصّلناه من مذهب أصحابنا فى أخذ الكفيل فى الحقوق .

235 وأما الحقوق التى لا تسقط بالشبهة ، (١التى هى حقوق١) بنى آدم ، فإنما يؤخذ منه كفيل مقدار ثلاثة أيام لأن المدّعى عليه قد لزمه الحضور مع المدّعى إلى مجلس القاضى متى ما (٢ ادُّعىَ عليه حق ٢) . فإذا(٣) ألزمه ذلك لم يكن له أن يُسقط عن نفسه ويغيب(٤) عن مجلس الحكم حتى يعطى بذلك كفيلا أو ما // [ف ٧٤ ب] يقوم مقامه ، مثل لزوم الدين إذا لزمه لم يكن للمطلوب أن يُسقطه (٥)عن نفسه كذلك هذا (٦لما كانت الدعوى توجب إحضار المدّعى عليه وصار هذا من حق المدعى فللقاضى أن يأخذ له كفيلا بنفس المدّعى عليه حتى يُحضره إذا غاب عنه ٦) ، وقد روى عن قتادة وأبى هاشم والشعبى إمتناع أخذ الكفيل من المدّعى عليه . وهذا عندنا محتمل

(١٠) ساقط من ف .
(١١) ف : يسقط بالشبهة .
(١٢) ل : والنفس .
(١٣) ساقط من ف .
(١٤) ساقط من ل .
(١٥) ل ، ف كفيلا .
(١٦) ف : ذكرنا .

235 (١) ف : من حق .
(٢) ف : ادعى عليه حقاً .
(٣) ساقط من ف .
(٤) ف : فى تغيبه .
(٥) ف : يسقط .
(٦) ساقط من ف .

أن يكونوا امتنعوا من أخذ الكفيل منه على الإطلاق ، لا على مقدار ثلاثة أيام . وكذلك نقول نحن[٧] إنه ليس عليه أن يعطى الكفيل أبداً إنما يعطيه مقدار ثلاثة أيام . فإن أتى ببينة[٨] وإلا خُلّى سبيل الكفيل والمكفول عنه جميعاً . ويُحتمل أيضاً أن يكون المدّعى عليه مسافراً فلم يأخذوا منه كفيلا مقدار ثلاثة أيام لأجل سفره . وكذا نقول نحن أيضاً[٩] . ويُحتمل أن يكون المدّعى لم يدّع بينة حاضرة وإنما ادعى بينة غائبة ، فلم يلزم المدعى عليه دفع الكفيل عندنا إذا كان الأمر على هذا . فإذا احتمل امتناعُهم من دفع الكفيل هذه الوجوه كلها لم يحصل منهم خلاف لمذهب[١٠] أصحابنا . وحكم التعزير في هذا مثل[١١] الحقوق التي لا تُسقطها الشبهة لأن التعزير أيضاً حق بني آدم . ألا ترى أنه يصح البراءة منه ؟ فإذا كان كذلك يؤخذ به كفيل للمدعى إذا ادّعى بينة حاضرة والمدّعى عليه مقيم . وأما إذا ادعى بينة غائبة فإنما لم يؤخذ منه كفيل عندهم جميعاً لأنه ليس يُرجى إقامة البينة في المجلس الثاني ، فلا معنى // [ل ٥٩ أ] لأخذ الكفيل إلى[١٢] المجلس الثاني . وأما إذا كان المدّعى عليه مسافراً فإنما لم يؤخذ منه الكفيل[١٣] لأن الكفيل إنما يؤخذ منه في الموضع الذي يَلزم المدّعى عليه حضورُه إلى[١٤] مجلس الحاكم[١٤] . والمسافر لا يلزمه الحضور إلى هذا القاضي إذا خرج إلى بلد آخر ، وإنما يُحكم[١٥] عليه للمدعى في البلد الذي حصل[١٦] فيه . فكيف يجوز أن يأخذ

---

(٧) ساقط من ف . (٨) ف : بالبينة .

(٩) مزيد هنا في ف : وسنبين وجه ذلك في موضعه .

(١٠) ف : مذهب . (١١) ساقط من ل .

(١٢) ف : في . (١٣) ف : كفيلا .

(١٤) ف : الحكم . (١٥) ساقط من ل .

(١٦) ل : قصد .

منه كفيلا بنفسه هذا القاضى الذى ارتفعا إليه وهو لو[١٧] أعطى كفيلا لم يلزمه الإحضار[١٨] ؟

236 وأما الحدود فإنما لم يؤخذ منه كفيل[١] عند أبى حنيفة سواء تعلّق بها حق بنى آدم أو لم يتعلق من قِبل أن القاضى مأمور بالتوصل[٢] إلى درئها لأنها تسقط بالشبهة . وكيف يجوز أن يأخذ فيها كفيلا ويتوصل به إلى إقامتها[٣] ؟ فلذلك لم يجز له أخذ الكفيل فيها . وأيضاً اتفقوا جميعاً على أن الحدود التى ليس فيها حق بنى آدم لا يؤخذ فيها كفيل[٤] كحـد الزانى والشارب[٥] ونحوهما . والعلة[٦] أنها مما تسقط بالشبهة . وكل حق تسقطه الشبهة ينبغى أن يكون بمثابته . وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما يشبّهانه[٧] بسائر حقوق بنى آدم كالدين وغيره . وأما ما ليس فيها حق بنى آدم فلا يؤخذ فيها كفيلا[٨] لأنه ليس المدعى أولى بهذه الدعوى عليه من سائر الناس . ألا ترى أن الشهود يكونون خصماء فى ذلك وإن لم يكن هناك مدّع ؟ فإذا كان كذلك لم يتعين[٩] //[ف ٧٥ أ] الحق للمدعى على المدّعى عليه ، فلا يؤخذ منه كفيل[١٠] للمدعى . ولأنّا[١١] قد بينا أنه لا يؤخذ من المدّعى عليه كفيل[١٢] إلا أن يدعى المدّعى بينة حاضرة . فإذا كان كذلك وكان

---

(١٧) ساقط من ل . (١٨) مزيد هنا فى ف : عنده .

236 (١) ف : كـفيل . (٢) ف : بأن يتوصل .
(٣) ف : اقامته . (٤) ف : كـفيلا .
(٥) ل : والسارق . (٦) ف : والمعنى فيها .
(٧) ف : شبهناه .
(٨) كـذا فى ل ، ف ، ح . والصواب : كـفيل .
(٩) ل : يعتبر . (١٠) ف : كـفيلا .
(١١) ف : والثانى أنا . (١٢) ف : كـفيلا .

هناك بينة حاضرة فالشهود هم خصم فى ذلك متى ما أرادوا ذلك أحضروه[١٣] ولا حق للمدّعى عليه .

237 مســـألة

{ قال أبو حنيفة رضى الله عنه : إن شهد عليه شاهد عدل[١] ، يعنى فى الحدود ، حبسه الحاكم[٢] . وإن لم يعرف القاضى كون الشاهد عدلا لم يحبسه[٣] . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يحبسه //[ل ٥٩ ب] القاضى[٤] بشهادة الواحد وإن كان عدلا } وجه قول أبى حنيفة أن للقاضى[٥] أن يحبس المتهم للتهمة [٦ لِمـا رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه حبس[٦] رجلا لتهمة اتهمه بها . وإذا كان كذلك فشهادة الواحد العدل توجب إثبات التهمة لأن خبر العدل مقبول فى الديانات . فقيل للشيخ : أليس [٧ الحبس تعزيراً [٧] ، فيجوز أن يُعزَّر الرجل بشهادة الواحد وإن كان عدلا ؟ فقال : نعم لأن التعزير إنما يجب بالتهمة[٨] والتهمة تثبت بقول الواحد العدل ، كما أن للقاضى [٩ إذا اتهمه أن يزجره عما اتهمه فيه وإن لم يشهد غيره أحد [٩] كذلك إذا شهد العدل به[١٠] يحدث للقاضى بذلك[١١] علم [١٢ فلذلك كان له [١٢] أن يعزّره .

---

(١٣) غير واضحة فى ل وفى ج : حضوره .

237 (١) ساقط من ب . (٢) ف : القاضى .

(٣) مزيد فى ل هنا : ولا . (٤) مزيد فى ل هنا : كون الشاهد .

(٥) ف : القاضى .

(٦) ف : والأصل فيـه ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه حبس .

(٧) ف : للحبس للتعزير . (٨) ف ، ج : للتهمة .

(٩) ف : لو اتهمه من غير أن يشهد الا احد كان له أن يزجره عما اتهمه فيه .

(١٠) ساقط من ل . (١١) ل : فلذلك .

(١٢) ف : فله .

ولأن[١٣] العدالة أحد وصفى الشهادة ، فإذا وُجد أحد وصفى الشهادة يجوز للقاضى أن يحبسه للتهمة[١٤] كما لو شهد[١٥] شاهدان بذلك جاز للقاضى أن يحبسه وإن لم يثبت عنده عدالتهما حتى ينظر فى عدالتهما[١٦] والعلة فيه[١٦] وجود أحد وصفى الشهادة لأن العدالة أحد وصفى الشهادة كالعدد الذى هو أحد وصفى الشهادة . وأما عندهما فلا يُحبس لأن الشاهد الواحد لا يُقطع بشهادة الحكم ، فلا يلزم المدّعى عليه به شيئاً أيضاً . وأما إذا كان الحق غير الحدّ والقصاص[١٧] ونحو ذلك وإنما هو دين أو قرض[١٧] أو نحو ذلك فإن المدعى عليه لا يُحبس[١٨] بشهادة الواحد وإن كان عدلا لأن هذه الحقوق لا توجب التهمة حتى يُحبس على وجه التعزير .

238 قال : { وإن أعطاه كفيلا فقال المدعى : لا أرضى هذا فإنه ليس بثقة ، فإن القاضى يأخذ له[١] منه كفيلا ثقة[٢] } ، يعنى إذا تبين أن هذا الكفيل الذى أعطاه ليس بثقة . وإنما كان كذلك لأن الكفيل إنما يُعطى توثقة لحق المدّعى ، فإذا لم يكن وثيقاً لم // [ل ٦٠ أ] يستوثق من حقه ، فلا معنى له .

---

(١٣) ف : وأيضاً فان .

(١٤) مزيد فى ل هنا : وان لم يثبت عنده عدالتهما .

(١٥) مزيد فى ل هنا : فى هذا .

(١٦) ف : كذلك مسئلتنا . والمعنى الجامع بينهما .

(١٧) ل : فيجوز ذلك وانما يكون هو ديناً أو قرضاً .

(١٨) كذا فى ل ، ج . فى ف : يجيز .

238 (١) ساقط من ف . (٢) ل : لنفسه .

239 مســـألة

{ ولو كان المدعى أدّعى عليه دارا ، أو ذكر أن له بينة حاضرة[١] ، وسأل أن يؤخذ له[٢] من خصمه كفيل إلى مدة ثلاثة أيام إلى// [ف ٧٥ أ] أن يحضر البينة فأبى المدّعى عليـــه أن يعطيه كفيلا ، فإن القاضى يأمره بملازمته الليل والنهار إلى أن يحضر بينته } . وهذا إذا كان المدّعى عليه مقيما[٣] . وأما المسافر [٤]فلا يلازمه ، لأن[٤] المدعى قد يثبت[٥] حق الإحضار على خصمه فإذا لم يعطه كفيلا فللمدعى أن يلازمه لكى لا يبطل حقه فى الإحضار إلى مجلس الحكم ، لأنه لو لم يلازمه جاز أن يغيب فيبطل حق المدعى .

240 قال الشيخ : وليس هذا على معنى أنه يلازمه فلا يتركه أن يتصرف فى حوائجه ، وإنما[١] على معنى أنه يحفظه مع تصرفه فى حوائجه ، لأنه ليس له أن يمنعه من التصرف لأن فيه إبطال حق المدّعى عليه ، [٢]وليس للمدعى أن يبطل حق المدّعى عليه[٢] . ولهذا المعنى قالوا فى المسافر إنه لا يلازمه[٣] لأن فيه إبطال حقه وهو إنقطاعه عن السفر ، ولأن الملازمة إنما وجبت هاهنا[٤] لامتناعه من دفع الكفيل والمسافر لا يلزمه دفع[٥] الكفيل ، فليس للمدعى أن يلازمه .

---

239 (١) مزيد فى ل هنا : عادلة .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ف : مقيم .
(٤) فلأنه يلازم ، وذلك أن .
(٥) ف : ثبت .

240 (١) ل : وأيضاً .
(٢) ساقط من ل .
(٣) ف : يلازم .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ل : كدفع .

241 مسألة

{ وإذ كان الشيء المدعى مما ينقل ويُحوَّل وهو بعينه غير مستهلك فإن القاضي يأمر المدّعى عليه بدفع الكفيل بنفسه والكفيل بذلك الشيء أيضاً [١] }.
أما الكفيل بالنفس فـلما بينا . وأما الكفيل بذلك الشيء فلأن [٢] القاضي كما احتاج إلى إحضار [٣] المدّعى عليه في إنفاذ الحكم عليه يحتاج إلى إحضار [٣] الشيء المدعى إذا كان مما ينقل ويُحوَّل وهو معين ، لأن الشهادة لا تصح إلا على عين الشيء المدعى [٤] إذا كان مما ينقل كما لا تصح إلا على [٥] عين عليه . فلا يقدر القاضي على إنفاذ الحكم إلا بحضور [٦] المدّعى عليه وبحضور الشيء المدعى جميعاً . ومتى عُدِم أحدهما عن مجلس القاضي // [ل ٦٠ ب] لم ينفذ الحكم . فإذا لم يتوصل المدعى إلى حقه إلا بإحضار الشيء المدعى والخصم جميعاً كان له أن يأخذ الكفيل بهما [٧] جميعاً . فإن لم يعط المدعى عليه كفيلا بنفسه ولا بالشيء فللمدعى أن يلازمه ويلازم الشيء أيضاً [٨] كما أن له أن [٨] يأخذ الكفيل عنهما جميعاً .

242 فصل

{ وإن كان الشيء المدعى مما لا ينقل [كالأرض] [١] والعقار ، أو دينا ، لم يؤخذ من المدّعى عليه كفيل بالشيء المدعى ويؤخذ منه كفيل بنفسه } ، من

---

241 (١) ساقط من ل . (٢) ف : فإن .
(٣) ساقط من ف (٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ل . (٦) ف : بحصول .
(٧) ف : منهما . (٨) ل : كان كما له أن .

242 (١) ساقط من ل . في ف : القروض . وفي ج : العروض . ولعل الصواب ما أثبتناه .

قِبَل أن المدعى يصل إلى حقه من غير أن يأخذ كفيلا[٢] بالشىء المدعى .
وذلك أن القضاء ينفذ على المدعى عليه بحضوره هاهنا ، لأن ما لا يُنقل ولا يحول لا يجوز يكلف المدّعى عليه إحضاره حتى يقع الشهادة والقضاء عليه . والشهادة[٣] والقضاء يصحان[٤] مع غيبة الشىء عن مجلس الحكم[٥] .
فإذا كان كذلك لم يحتج فى إنفاذ الحكم هاهنا أكثر من إحضار المدّعى عليه ، فلا يحتاج إلى أن يؤخذ منه كفيلا[٦] بالشىء المدعى لأن الكفيل بنفس المدعى عليه [٧]يحضر المدّعى عليه[٧] حيث طالبه المدعى ويحكم القاضى على المدّعى عليه بما ادّعى المدعى[٨] من العقار والدين جميعاً ، لأن الدين أيضاً هو فى ذمة المدّعى عليه . فاستغنى بأخذ الكفالة بنفس المدّعى عليه عن الكفالة بالدين .

243 فصـــل

{ وإن قال فى دعوى العقار والدين : أنا أعطى كفيلا بالشىء المدعى وأقيم له وكيلا فى[١] خصومته جائز على ما قُضِىَ به عليه كان ذلك جائزاً ، ويؤخذ[٢] من الوكيل كفيل[٣] بنفسه } من قِبَل أن المدعى إذا أخذ كفيلا بالشىء[٤] ووكيلا فى خصومته وأخذ من الوكيل كفيلا بنفسه يصل إلى حقه من غير إحضار المدّعى عليه لأنه يطالب[٥] كفيل الوكيل حتى يحضر الوكيل ثم يخاصمه ، فإذا أثبت حقه أنفذ القاضى حكمه[٦] .

---

(٢) ساقط من ف (٣) ف بالشهادة .
(٤) ف : يصح . (٥) مزيد فى ف هنا : ها هنا .
(٦) كذا فى ل ، ف ، ج . والصواب : كفيل .
(٧) ساقط من ل . (٨) ساقط من ف .

243 (١) مزيد فى ف هنا : دعوى . (٢) مزيد فى ل هنا : به .
(٣) ل : كفيلا . (٤) ساقط من ف .
(٥) ل : طالب . (٦) مزيد فى ل هنا : صحيح .

244 **فصـــل**

{ وإن قال فى الدين : أنا أقيم[1] وكيلا فى خصومته ، ويأخذ من الوكيل كفيلا ، ولا أقيم لنفسى كفيلا ، لم يقبل القاضى منه ذلك } من قِبَل أن المدعى هاهنا لا يصل إلى حقه ، لأنه إذا أحضر الكفيل الوكيل فى الخصومة فخاصمه وأثبت عليه[2] حقه لم يمكن له أن يأخذ حقه من الوكيل لأن الوكيل لأن إنما ضمن له الخصومة ولم يضمن له قضاء الدين ، فليس عليه قضاؤه . وإذا كان كذلك //[ل ٦١ أ] لم يكن بد من إحضار المدّعى عليه حتى يقبض منه دينه .

245 **فصـــل**

قال[1] : { وإن قال : أنا أقيم لك[2] كفيلا بالمال ولا أعطيك كفيلا بنفسى ، والمسئلة على حالها ، لم يقبل ذلك منه أيضاً } من قبل أنه إذا[3] . لم يأخذ منه كفيلا بنفسه ولا وكيلا فى خصومته لم يجز للقاضى أن يحكم عليه مع كونه غائباً ، فلا بد من أن يأخذ منه كفيلا حتى يُحضره ويحكم عليه ثم يأخذ الدين من الكفيل إن شاء ، أو يعطى وكيـــلا[4] فى خصومته حتى يخاصمه[5] ويثبت الدين ثم يأخذه من الكفيل به وإن لم يأخذ منه كفيلا بنفسه . وأيضاً فإن للمدعى أن يقول : أنا لا أرضى بضمان هذا الكفيل بالدين لأن ذمة خصمى أوثق من ذمة هذا الوكيل فلا أرضى بكفالته وآخذ[6] حقى من خصمى دون الوكيل .

---

244 (١) مزيد فى ف هنا : لك . (٢) ساقط من ف .

245 (١) ساقط من ف . (٢) ل : له .
(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ف .
(٥) ل : يخاصم . (٦) ل : فيأخذ .

246 فصـــل

{ ولو أقام فى العقار وكيلا فى خصومته ودفع إليه العقار ، وأخذ من الوكيل كفيلا بنفسه ، كان ذلك جائزاً ، ولا يُجبر المطلوب على دفع الكفيل بنفسه { من قِبل أن الوكيل قد أقامه مقام نفسه (١ فى الخصومة ١) وتسليم العقار إلى الطالب إذا حُكم له بها . فإذا أخذ من الوكيل كفيلا بنفسه كُلِّف كفيل الوكيل بإحضار(٢) الوكيل وصار (٣ إحضار الوكيل٣) ها هنا كإحضار المطلوب لأنه مُسلَّط على تسليم المدعى إلى المدّعى متى ما(٤) استحقه . فلذلك لم يُكلَّف دفع الكفيل بنفسه . وأما فى الفصل الأول(٥) الذى قد مضى إنما كُلِّف دفع الكفيل بالعقار لأنه لم يذكر // [ف ٧٦ ب] أنه قد سلَّم العقار إلى الوكيل ، فكأن الوكيل هناك لم يكن مسلّطاً على تسليم العقار (٦ إذا حُكم على الوكيل بذلك . فلذلك ذُكر هناك الكفيل بالعقار ٦) . ولم يُذكر ها هنا .

247 وهذا الضرب من المسائل التى ذكرها(١) على ثلاثة أوجه : أحدها أن يكون الشىء المدّعَى عرضاً من العروض مما يُنقل ويُحوّل وهو بعينه ، فيُحتاج فى إنفاذ الحكم به للمدعى إلى إحضار المدّعى عليه وإحضار الشىء ، فيُكلف المدّعى عليـــه أن يدفع كفيلا بنفسه (٢ وكفيلا بالشىء أو وكيلا بالخصومة وكفيلا // [ل ٦١ ب] [بالشىء] ويؤخذ من الوكيل كفيل بنفسه٢) ، أو يُعطى(٣ الشىء إلى ٣) الوكيل [ويكفل](٤) الوكيل للطالب إحضاره إلى

246 (١) ل : والخصومة . (٢) ل : إحضار .
(٣) ف ، ج : خصما والوكيل . (٤) ساقط من ف .
(٥) ساقط من ف .
(٦) ل : لأنه لم يكن فى يده وإنما جعل إليه الخصومة وسلط الكفيل بالعقار .

247 (١) ف : ذكرناها . (٢) ساقط من ف .
(٣) ساقط من ف (٤) ل : وكفيل ف ، ج : ويكاف .

مجلس الحكم وتسليمه . والوجه الثانى أن يكون الشىء المدّعى عقاراً [أو أرضاً][٥] فهذا لا يحتاج إلى كفالة الكفيل بالشىء المدّعَى فى إنفاذ الحكم ، ولكنه يؤخذ من المدّعى عليه كفيل[٦] بنفسه حَسْبُ . وإن شاء[٧] المدّعى عليه وكّل وكيلا فى خصومته ودفع إليه العقار حتى يُسلّمه إليه إن استحقه أو[٨] أعطى كفيلا بالعقار ووكيلا فى الخصومة . [٩] كل ذلك جائز [٩] . والوجه الثالث وهو أن يكون الشىء المدّعى دَيْناً فى الذمة[١٠] ، فهذا إن أعطى كفيلا بنفسه[١١] حَسْبُ قِبلَ منه ، وإن لم يُعطِ كفيلا بنفسه وكّل وكيلا فى خصومته وأعطى كفيلا [١٣] بالدين كان [للمدعى][١٢] أن لا يقبل منه ذلك . وكذلك إن أعطى كفيلاً [١٣] بنفس الوكيل كان له أن لا يقبل[١٣] . وقد [١] بينا وجه هذه المسائل كلها فيما تقدم ، وإنما ذكرنا تحصيل الوجوه ليتقرب إلى فهم الناظر فيه ويسهل عليه حفظه .

248 مسألة

قال : { وإن سمع القاضى من بينة المدعى على [١] المدّعى عليه ، ثم غاب المدّعى عليه أو مات ولم يكن له كفيل ، [٢] أو كان له كفيل [٢] فمات أو غاب ولم يكن له وكيل فى خصومته ، أو كان له وكيل فمات أو غاب فزُكّيت البينة

---

(٥) ساقط من ل . وفى ف ، ج : أو عروضاً . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) ف : كفيلا . (٧) ف ، ج : سأل .

(٨) ل : ولو . (٩) ف : كان ذلك جائزا .

(١٠) ف : ذمة المدعى .

(١١) مزيد فى ل هنا : وهو أن يكون الشىء .

(١٢) ل : المدعى . (١٣) ساقط من ف .

248 (١) من (١٣) فى الفقرة السابقة إلى هنا ساقط من ل .

(٢) ل : وكان كفيل ، وإنما أراد تحصيل الوجوه ليقرب إلى الناظر فيه ويسهل عليه حفظه .

فى السر والعلانية ، فأراد المدعى من القاضى أن يقضى له على المدّعى عليه وهو متغيب ، فإن القاضى لا يقضى له[٣] عليه بشىء من ذلك وإن كان قد سمع من البينة والمدّعى عليه حاضر { . قال الخصاف : { والصواب عندى أن يحكم عليه . وهو قول أبى يوسف { . قال الشيخ : وليس هذا المشهور عن أبى يوسف ، والمشهور عنه أيضاً أن لا يحكم عليه مع غيبته أو موته . وذلك أن حال القضاء آكد[٤] من حال السماع ، لأن الحق لا [٥] يستحق على [٥] المطلوب إلا بالقضاء ، والسماع لا يستحقه . فلمّا اتفق الجميع من أصحابنا أنه لا يجوز أن يسمع من[٦] البينة مع غيبة المدّعى عليه ، كذلك لا يجوز أن يحكم عليه بالسماع المتقدم مع غيبته . [٧] ووجه ما ذهب إليه أبو يوسف [٧] ما رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لعلىّ رضى الله عنه « لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر »[٨] . وها هنا قد سمع من المدّعى عليه حجته // [ل ٦٢ أ] فينبغى أن يحكم للمدعى وإن غاب المدّعى عليه بعد ذلك . والثانى أن المدّعى عليه لو كانت له حجة يدرأ[٩] بها دعوى المدعى لأتى بها فى حال حضوره ، فلا معنى لوقوف الحكم لأجل غيبة المدّعى عليه .

249 [١١] والجواب أنه معلوم أن مراد النبى عليه السلام : لا يقضى لأحد الخصمين حتى يسمع من الآخر ، ليس هو سماع كلام المدّعى عليه أو كلام المدعى ، أى كلام كان ، لأنه لو كان كذلك لوجب ، إذا جاء المدعى وادعى على المطلوب شيئاً وأنكر المدعى عليه وغاب ، أن يقضى القاضى للمدعى بالحق إن أقام البينة بعد غيبوبة المدّعى عليه ، لأنه قد سمع من كل واحد من

---

(٣) ساقط من ل .
(٤) ل : ادا .
(٥) ف : يسقط عن .
(٦) ساقط من ف .
(٧) ف : وذهب أبو يوسف إلى .
(٨) قال أبا داود ، أقضية ، ٦
(٩) ل : يدعى .

الخصمين . فلما اتفق أبو يوسف مع سائر أصحابنا أن لا يحكم للمدعى ها هنا بشىء مع غيبة الخصم علمنا أن المقصد فى الخبر ليس هو الكلام فقط وإنما المقصد فيه : لا يقضى لأحد الخصمين حتى يكون الآخر حاضراً من حيث يسمع حجته فى حال القضاء ، والله أعلم [١] .

250 مســـئلة[١]

{ ولو أن رجلا تقدّم إلى القاضى وادعى وصية من رجل وأحضر معه رجلا ادعى عليه حقاً للميت ، ولم تثبت وصية المُوصى[٢] عند القاضى ، فقال الوصى للقاضى : خُذ لِى من هذا الرجل كفيلا [٣] حتى أثبت وصيتى وأثبت عليه الحق للميت ، فإن القاضى لا يأخذ منه [٣] كفيلا لإثبات[٤] وصية المدعى من جهة الميت } ، لأن الوصية ليست حقاً على المدعى عليه حتى يؤخذ منه كفيل ، وإنما [٥] هو نائب من جهة الميت [٥] إذا أوصى إليه . وليس يجوز له أن يأخذ الكفيل لأجل إثبات الدين عليه للميت ، لأن المدعى ليس بخصم عن الميت ما لم تثبت وصيته . فكيف يجوز للقاضى أن يأخذ من المدّعى عليه كفيلا لغير[٦] خصم ؟ فإذا بطل الأمران جميعاً لم يجب عليه[٧] دفع الكفيل إلى المدعى . والوكيل فى هذا مثل الوصى إذا ادعى وكالة الغائب وأن للغائب على المدعى ديناً لم يؤخذ من المدّعى عليه كفيل[٨] للعلة التى ذكرناها فى الوصى .

---

249 (١) ساقط من ل .

250 (١) هذا العنوان فى ل فقط . (٢) ف : الوصى .

(٣) ل : من قبل أن أخذ الكفيل منه لا يخلو إما أن يكون يأخذه لإثبات الوصية أو لإثبات الدين للميت عليه ، وليس لقاضى أن يأخذ من المدعى عليه .

(٤) ل : بإثبات .

(٥) ل : هى حق الميت ومن جهة الميت .

(٦) ل : بغير . (٧) ل : له .

(٨) ساقط من ف .

251 فصـــل

{ فإن ثبتت الوصية أو الوكالة للمدعى وأراد إثبات الدين على المدّعى عليه للميت أو الغائب فطلب من المدّعى عليه كفيلا مدة ثلاثة أيام لإحضار بينة فإن القاضى يأخذ منه كفيلا } ، لأنه خصم يدّعى عليه إثبات الدين ، فصار كسائر الحقوق .

252 فصـــل

{ ولو لم تثبت للوصى الوصية ، ولكنه أقام البينة على ما ادّعى من الوصية ، فوقف القاضى فى المسئلة عن شهوده ، فأحضر الوصى واحداً يدعى عليه حقاً[1] للميت ، فطلب من القاضى أخذ الكفيل منه إلى أن يسأل عن شهوده // [ف ٧٧ ب] ويُثبت الحق على الرجل ، لم يأخذ القاضى كفيلا له بذلك } من قِبل أن خصومته لم تثبت بعد حتى يُزكى الشهود // [ل ٦٢ ب] وينفذ القضاء بالوصية . فإذا لم تثبت خصومته لم يجز له أخذ الكفيل لغير خصم . وكذلك الوكيل فى هذا .

253 فصـــل

{ ولو أن الوصى أو الوكيل حيث ادّعيا على المطلوب ديناً [1 للميت أو الغائب أراد أن يقيم البينة على إثبات الوصية أو الوكالة 1] وعلى إثبات الدين للغائب أو للميت على المطلوب فإن القياس فى هذا أن لا يقبل البينة على إثبات الدين[2] حتى تثبت [3 الوصية أولا أو الوكالة 3] ثم[4] يقبل البينة

---

252 (١) ل : ما .

253 (١) ساقط من ل . (٢) ل : اليد .

(٣) ف : الوكالة أولا . (٤) ساقط من ل .

على إثبات الدين من قِبل أن المدعى ليس بخصم فى إثبات الدين حتى تثبت الوصية أو الوكالة كما قالوا فى الرد[٥] بالعيب ، إلا أنهم استحسنوا ها هنا وقبلوا البينة على الأمرين جميعاً ، وفرّقوا بينه وبين الرد بالعيب } من قِبل أنه لا يجوز أن يكون وكيلا أو وصياً ولا يكون خصما ، ويجوز أن يكون معيباً ولا يجب الرد . فإذا كان كذلك فارق هذا الرد بالعيب وجوّزوا إقامة البينة على الوكالة والوصية وإثبات الدين على[٦] المطلوب .

254 مسـألة

} ولو أن رجلا [١] قدّم رجلا [١] إلى القاضى وادعى أنه وصىّ الميت وإن له على الميت حقاً وأنكر المدعى عليه أنه وصى الميت ، فأراد المدعى أخذ الكفيل من المدعى عليه حتى يُثبت الوصية والدين على الميت لم [٢] يؤخذ منه كفيل [٢] } لأن المدعى عليه أنكر أن يكون خصما عن الميت ، والمدعى إنما ادعى على الميت أنه أوصى إلى هذا المدعى عليه ولم يدّع على المدعى عليه شيئاً ، لأن الوصية ليست حقاً للمدعى ولا للمدعى عليه وإنما هى حق للميت . وإذا كان كذلك لم يكن له أخذ الكفيل لإثبات الوصية . والثانى أن المدعى عليه لو أقر أنه وصى الميت لم يُقبل قوله ، فكيف يكون خصما عن الميت وقوله غير مقبول فى كونه خصما عنه ؟ وليس له أن يأخذ منه كفيلا لإثبات الدين على الميت لأنه إذا لم يثبت أنه[٣] خصم عن الميت فالمدعى لم يدع عليه شيئاً وإنما ادعى على الميت حقه ، فلا يستحق أخذ الكفيل منه .

---

(٥) ساقط من ل . (٦) ل : عن .

254 (١) ف : قدمه رجل . (٢) ل : يوجب منه كفيلا .

(٣) ل : له .

255 فصــــل

{ وكذلك لو ثبتت الوصية إلا أنه [ل ٦٣ أ] قال : لم يصر فى يدى[١] من مال الميت شىء فالقول قوله [٢] ولم يؤخذ منه كفيل } لأن الوصى أمين والقول قوله [٢] فيما لم يحصل فى يده شىء من المال . فإذا ثبت هذا لم يكن للدعى[٣] عليه مطالبة ، لأن الدين على الميت دون الوصى فلا يؤخذ من الوصى كفيل[٤] . وأما إذا اعترف بحصول التركة[٥] فى يده فيؤخذ منــــه كفيل[٦] لأنه يدعى عليه استحقاق ما فى يده بالدين الذى يثبته على الميت ، والوصى هو الخصم فى ذلك فلذلك يؤخذ منه كفيل // [ف ٧٨ أ] .

256 فصــــل

{ ولو قال الطالب للقاضى حين جحد الوصى حصول شىء من مال الميت [١] فى يده [١] : [٢] خذ لى [٢] منــه كفيلا [٣] حتى أثبت حق على الميت بمحضر منك ثم أطلبُ مال الميت [٣] فإن القاضى يأخذ له كفيلا[٤] مدة ثلاثة أيام إن ادعى بينة حاضرة والمطلوب مقيم } ، لأن الوصى خصم عن [٥] الميت فى [٥] اثبات الدين عليه فصار مثل الوارث فيؤخذ منــه كفيل[٦] لإثبات الدين إذا ادعى الطالب تركة الميت . ولو كان المدعى عليه وارث الميت فإن القاضى يأخذ منه كفيلا للمدعى فى إثبات موت الميت ونسبه منه وفى إثباب الدين

---

255 (١) مزيد هنا فى ل : فى كدى . (٢) ساقط من ف .
(٣) ل : للمدعا . (٤) ف : كفيلا .
(٥) مزيد هنا فى ل : له . (٦) ف : كفيلا .

256 (١) ساقط من ف . (٢) ل : آخذ .
(٣) ساقط من ف . (٤) ل : كفيل .
(٥) ساقط من ل . (٦) ف : كفيلا .

على الميت إذا ادعى المدعى . ولا يشبه الوارث فى هذا الوصى والوكيل[٧] : إنه لا يؤخذ منهما الكفيل حتى يثبت المدعى الوصية من الميت أو الوكالة من جهة الغائب ، من قِبل[٨] أن المدعى ها هنا يدعى على الوارث استحقاق ما ملكه من جهة الميت بالدين ، فإذا كان الحق المدعى إنما يدعى استحقاقه من ملكه كان دفع الكفيل عليه دون غيره . وأما الوصى والوكيل فليسا كذلك لأن المدعى لا يدعى عليهما حقاً وإنما يدعى استحقاق ملك الميت . فما[٩] لم يثبت أنهما خصمان[١٠] لم يجب عليهما[١١] دفع الكفيل . وأيضاً فإن الوصى والوكيل لا يدعيان تركة الميت ومال[١٢] الغائب لأنفسهما إذا ثبتت الخصومة أيضاً والوارث يدعى التركة لنفسه . وإذا ثبت الموت فصار الوارث خصما فى // [ل ٦٣ ب] ذلك فعليه دفع الكفيل ، ولم يكن الوصى ولا الوكيل خصما فيما [١٣] يدعى المدعى [١٣] حتى تثبت الخصومة ، فلا يجب عليهما دفع الكفيل . [١٦] وأيضاً فإن الوارث يخلف الميت [فى رد المبيع][١٤] عليه بالعيب ، ولا يُرد على الوصى . وكذلك هو يرد المشترى الذى اشترى الميت على بائعه بالعيب ، وليس للوصى ذلك لأنه ليس الوصى قائماً مقامه إلا فيما أقيم[١٥] له الميت ، والوارث قائم مقامه . فلذلك يؤخذ من الوارث كفيل ولا يؤخذ من الوصى [١٦] .

---

(٧) ل : والوكيل .

(٨) ساقط من ل .

(٩) ل : فيما .

(١٠) خصمين . ل : احصان .

(١١) ل : عليها .

(١٢) ساقط من ف .

(١٣) ف : يدعيا على الميت .

(١٤) لا يستقيم المعنى بدون هذه الزيادة .

(١٥) لعل هذه الكلمة تحريف « أوصى » .

(١٦) ساقط من ف ، ج .

257 فصـــل

{ ولو كان المدعى ادعى داراً فى يد رجل أنه اشتراها من فلان وقبضها منه ، أو قال : اشتريتها منه وهو يملكها ، وقال الذى فى يده الدار : هى لى ، فإن القاضى يأخذ منه كفيلا للمدعى إذا ادعى إحضار البينة } لأن المدعى يدعى عليه[1] ملك الدار لنفسه . { وكذلك لو كانت الدعوى فى إثبات النكاح للزوج على المرأة أو للمرأة على الزوج أو [2] فى دعوى الرق للرجل على العبد أو الأمة ، فإن القاضى يأخذ من المدعى عليه [2] كفيلا فى هذا كله } كسائر الحقوق لأنها لا تسقط بالشبهة .

258 فصـــل

{ فإن مات المطلوب أو الكفيل فى هذا كله بطلت الكفالة } لأن موت المطلوب يسقط به[1] الإحضار عن المطلوب ، فبرىء الكفيل كما يبرأ الكفيل بالمال ببراءة المكفول عنه . وموت الكفيل يُسقط إحضار الكفيل[2] لأن بعد الموت لا يلزمه إحضار ، فصار كالكفيل بالمال إذا أبرأه الطالب عما عليه برىء وكان الدين على المكفول عنه . كذلك هذا .

259 فصـــل

{ وإن مات الطالب فالكفالة على حالها } لأن إحضار المطلوب لم يسقط عنه // [ف ٧٨ ب] فلا يبرأ[1] الكفيل أيضاً لأن وارث الطالب يقوم مقام الطالب فيحضر المطلوب لحق الوارث كما كان يحضر لحق المُورِّث[2]

---

257 (١) ل : عليه . (٢) ساقط من ل .

258 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

259 (١) ل : يزيد من . (٢) ف : الموروث .

عنه . ⁽⁴ فإن قيل : إن الكفيل إنما كفل للطالب فلا يلزمه الكفالة للوارث ، قيل له : والبائع إنما التزم حق البيع للمشترى ومع ذلك إذا مات قام وارثه مقامه . كذلك [هذا][٣] مثله لأن الوارث يخلف الميت فى ملكه ⁴⁾ .

260 قال : فإن دفع الكفيل المطلوب إلى وصى الميت برىء من كفالته كما برىء من الكفالة // [ل ٦٤ أ] بالمال[١] إذا أعطى المال إلى[٢] الوصى . وكذلك هذا . ولو لم يكن للميت وصى فأعطاه إلى الوارث برىء إن لم يكن له وارث[٣] غيره كما قلنا فى الوصى . وإن كان له وارث[٤] غيره برىء من حق المدفوع إليه ⁽⁵ وإن لم ⁵⁾ يبرأ من حق الباقين كما قلنا فى الكفالة بالمال ؛ لأن أحد الورثة لا يقوم مقام الباقين إذا كان لكل واحد منهم حق . ألا ترى أن تصرف بعضهم على بعض غير جائز فى مال الميت ؟ ⁽⁶ وكذلك هذا ⁶⁾ . فإن قيل : أليس أحد الورثة خصما[٧] عن الميت فى إثبات الحق على الميت والميت[٨] ، فهلا قام ها هنا أيضاً[٩] أحد الورثة مقام الميت فى براءة الكفيل بتسليم المطلوب إليه ؟ قيل له : ليست الخصومة ⁽¹⁰ من هذا فى شىء ¹⁰⁾ . ألا ترى أن رجلا لو وكّل رجلا بكل حق هو له ⁽¹¹ وعليه وقد كان الموكل قد أخذ كفيلا للمطلوب بنفسه فى [؟] الكفيل بالمطلوب وسلّمه إلى وقيل [؟]

---

(٣) لا يستقيم المعنى بدون هذه الزيادة .

(٤) ساقط من ف ، ج .

260 (١) ف : من المال . (٢) ساقط من ل .

(٣) ف : وارثاً . (٤) ف : وارثاً .

(٥) ف : ولم . (٦) ف : كذا مثله .

(٧) ف : خصم . (٨) ل : والمبت .

(٩) ساقط من ف . (١٠) ل : فى هذا شىء .

الطالب (١١) لم يبرأ الكفيل من كفالته به(١٢) وإن كان الوكيل خصما فيما يدعى(١٣) الموكّل . كذلك هذا .

261 باب العدوى والإعذار

الأصل فى هذا ما روى (١عن أبى هريرة وزيد بن خالد وسنان بن معبد١) أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ، إن ابنى عسيف لهذا الرجل — يعنى أجيره — وإنه زنى بامرأته فافتديت(٢) عنه بمائة (٣من الغنم٣) فسألت رجالا(٤) من أهل العلم عن ذلك . فقالوا(٥) : على ابنك مائة وتغريب عام . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أما غنيماتك(٦) فهى لك تأخذها(٧) وأما على ابنك فجلد مائة وتغريب عام ، واغدُ يا أُنيس على(٨) امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »(٩) . فالاستدلال(١٠) من هذا الخبر على وجوب الإعداء وإن لم يثبت الحق(١١) المدعى على المدعى عليه قولهُ عليه السلام « واغدُ يا أنيس على امرأة هذا » . فأمر عليه السلام أنيسا بأن يغدو إلى امرأته بقول الرجل الحاضر وإن لم يثبت أن المرأة قد زنت . فلذلك القاضى يلزمه أن يُعديه على المطلوب ويحول بينه وبين أشغاله وتصرفه بدعوى الطالب ، فإن ثبت // [ل ٦٤ ب] الحق(١٢) وإلا خلاه . وأيضاً روى

---

(١١) ساقط من ف ، ج . والمثبت فى ل . ولعل الصواب : . . . [فأتى] الكفيل بالمطلوب وسلمه إلى [وكيل] الطالب .

(١٢) ساقط من ف .

(١٣) مزيد فى ل هنا : على .

261 (١) ساقط من ل .

(٢) ف : ففديت .

(٣) ف : غنم .

(٤) ف : رجلا .

(٥) ف : فقال أن .

(٦) ف : الغنيات .

(٧) ف : تخذها .

(٨) ل : إلى .

(٩) قابل بخارى ، صلح ٥ .

(١٠) ل : فاستدلال .

(١١) ل : بالحق .

(١٢) ساقط من ف .

أن رجلا كان له على النبي عليه السلام دين[١٣] فجاء إليه فطلبه وأغلظ عليه القول ، فقام إليه [١٤] واحد من [١٤] أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم — وقد قيل إنه كان عمر — فأنكر على الرجل ، فقال النبي عليه السلام « إنكم لأن تكونوا عليّ أحب إليّ من أن تكونوا [١٥] على الرجل فإنه ما قُدست[١٦] أمة تُأخذ من قويها لضعيفها »[١٧] — يعني أخذ الحق من قويها لضعيفها . فهذا أصل في أن على[١٨] المسلمين أن يأخذوا حق الطالب //[١٩] [ف ٤٩ أ] من المطلوب ، والقاضي يقوم مقام كافة الناس في إيصال ذوى الحقوق إلى[٢٠] حقوقهم . فإذا جاء الطالب وادعى على المطلوب حقاً فعليه أن يُعدى عليه [٢١] ويستوفى منه حق الطالب . وروى أن رجلا دخل مكة بإبل له فباعها من أبي جهل ، لعنه الله ، فمطله أبو جهل [٢١] فتظلم[٢٢] في المسجد وقال : يا معشر قريش ، إني رجل غريب وابن سبيل وإني بعت إبلا[٢٣] من أبي جهل ومطلني وظلمني ، فمَن رجل يُعديني عليه ويأخذ لي بحقي ؟ ورسول الله جالس . فقالوا : ذلك الرجل يُعديك عليه — استهزاءً . قال : فانطلق الرجل إليه فذكر ذلك للنبي عليه السلام فقام معه ، وبعثت قريش في آثارهما رجلا . قال : فأتى الباب فضربه ، فقيل : مَن ؟ فقال : محمد ، صلى الله عليه وسلم ، فخرج أبو جهل وما في وجهه رائحة من الذعر . فقال : أعط هذا حقه ! قال :

---

(١٣) ساقط من ف . (١٤) ل : وأخذ .

(١٥) مزيد هنا في ل : إلى . (١٦) ل : يثبت .

(١٧) لم أعثر على هذا الحديث رغم إشارة ونسنك إليه تحت مادة « أمة » في ابن ماجه ، صدقات ١٧ .

(١٨) ساقط من ف .

(١٩) إلى هنا تنتهي ٧٨ ب من مخطوطة ف ، ويصير الرجوع إلى ٤٩ أ من مخطوطة ف لاستئناف المتن . انظر ملاحظة ١٣ من فقرة 211 .

(٢٠) ساقط من ل . (٢١) على هامش ل .

(٢٢) ف : وظلمه فنام . (٢٣) ساقط من ل .

نعم . قال : فدخل فأخرج حقه فأعطاه إياه . فجاءهم الرسول فأخبرهم . وجاء الرجل فوقف عليهم وقال : جزاه الله خيراً فقد أخذ لى[٢٤] بحقى . قال : فلم يفترقوا أن جاء أبو جهل اللعين فقالوا[٢٥] : ويلك ، ما صنعت ؟ فقال : والله ما هو إلا أن ضرب على[٢٦] الباب وقال محمد فذهب فؤادى فخرجت إليه وإن معه لفحلا ما رأيت مثل هامته وأنيابه لفحل قط ، إذ[٢٧] لأكلنى لو امتنعت عليه ، فوالله ما ملكت نفسى أن أعطيته حقه[٢٨] . فهذا الخبر أيضاً يدل على صحة ما ذكرنا لأن النبى صلى الله عليه وسلم قام إلى أبى جهل حيث استُعدِى الرجل [٢٩] بقوله ولم [٢٩] يكن معه حجة فى ثبوت الحق عليه غير قوله ودعواه . فقد بان لك أن على القاضى أن يُعدى[٣٠] على المطلوب ويُحضره إلى مجلسه بقول الطالب وإن لم يثبت عليه الحق المدعى[٣١] . // [ل ٦٥أ] .

262 وأيضاً روى عن علىّ أن امرأة الوليد بن عقبة جاءت إلى النبى عليه السلام تستعدى على زوجها فأعداها ، فجاءت[١] فقالت : إنه[٢] أبى أن يجىء . فأعطاها هُدْبة من ثوبه كهيئة[٣] العددى فجاءت[٤] به . فهذا أيضاً [٥] يدل على ذلك [٥] ، وهذا أصل فى العددى وأخذ الختم والطينة من القاضى فى العدوى ، لأن النبى عليه السلام أعطاها هدبة من ثوبه علامة لكى لا يأبى[٦]

---

(٢٤) ساقط من ل . (٢٥) ل : فقال .
(٢٦) ساقط من ل . (٢٧) ف ، ج : أن .
(٢٨) أنظر هذا الخبر فى ابن هشام ، ج ١ ، ص ٤١٦ — ٤١٧ .
(٢٩) ل : يقول هل . (٣) ل : يعدل .
(٣١) ل : المدعا .

262 (١) ل : فجالت . (٢) ساقط من ف .
(٣) يعنى : كشارة . (٤) ل : فجاء .
(٥) ساقط من ف . (٦) ف : يأبى عن .

الحضور إلى مجلسه . وأيضاً ما روى يحيى بن أكثم عن النضر بن شُمَيل عن الهِرماس بن زياد(٧) عن أبيه عن جده قال : أتيت النبي عليه السلام أستعديه على غريم لى فأعدانى ثم أمرنى أن ألزمه ، ثم مر بى صلى الله عليه وسلم من آخر النهار فقال « ما عسيت أن تصنع بأسيرك يا أخا بنى تميم ؟ »(٨) فهذا أيضاً أصل فيما ذكرنا فى العدى وأصل فى ملازمة الخصم إذا ثبت الحق لأنه قال : فأعدانى ثم أمرنى بالملازمة ، يعنى أنه أقام عليه الحجة بثبوت // [ف ٤٩ ب] الدين ثم أمره بالملازمة . فهذه الأخبار كلها تدل على أن القاضى يجب عليه أن يُعدى على المطلوب بدعوى الطالب ويُحضره ويفصل بينهما . وقد(٩) حكى عن مالك أنه قال(١٠) : إن لم يعرف القاضى أن بين الطالب والمطلوب(١١) معاملة لم يُعد على المطلوب بدعوى الطالب .

263 قال الشيخ : وهذا كلام(١) فاحش منكر لأن العمل بما ذكرنا مستفيض عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه والتابعين إلى يومنا هذا .

264 وروى عن الحسن قال : بلغ عمر (١ بن الخطاب ١) رضى الله عنه أن امرأة استُعدِى عليها فأرسل إليها رسولا ليؤتى بها وهى حامل، فدعاها، فأخذها الطلق فى الطريق ، فأسقطت ، فبلغ ذلك عمر ، فاستشار جُلساءه فى السقط ، فقالوا : أنت الوالى أرسلت فى حق وأنت مؤدب فلا نرى عليك

---

(٧) لعله هرماس بن حبيب الذى تفرد عنه النضر بن شميل ، أنظر ميزان الاعتدال ، ج ٤ ، ص ٢٩٥

(٨) لم أعثر على هذا الحديث فى معجم ونسنك .

(٩) ل : وما قد . (١٠) ساقط من ف .

(١١) ساقط من ل .

263 (١) ساقط من ف .

264 (١) ساقط من ل .

شيئاً . وعليّ ، رضى الله عنه ، ساكت ، فقال : قل يا أبا الحسن إنى أراك صامتاً ، فقال : عزمت لا أبرح حتى تقضى ذلك عنى . فأفادنا هذا الخبر وجوب العزم لأن عمر لمّا بلغه أمر المرأة أعدى عليها واستثبت أمرها ليجرى عليها[٢] // [ل ٦٥ ب] حكم الله سبحانه بمحضر من الصحابة من غير نكير من أحد عليه . كذلك المدعى إذا جاء إلى القاضى وادعى حقاً على المطلوب فعلى القاضى أن يُعدى عليه ويستثبت [٣] دعوى المدعى فيه [٣] ويُجرى عليه حكم الله تعالى . وأما ضمان السقط فليس عندنا على القاضى ، إلا أن عمر لمّا اختلف فيه[٤] أصحاب النبي احتاط بإيجاب الضمان على نفسه . وعن [سليمان][٥] ابن يسار قال : لمّا قدم عمر الشام أتاه رجل فذكر عن امرأته فجوراً فأرسل عمر إليها أبا واقد الليثى فقال : أخبرها أنها لا تؤخذ بقول زوجها . فأتاها أبو واقد فأخبرها بذلك ، فاعترفت ، فأمر بها عمر فحُدّث . فهذا أيضاً يدل على صحة ما ذكرنا لأن عمر أعدى على المرأة بقول الزوج حين ادعى أنها فاجرة ليجرى[٦] عليها الحكم ولم يثبت عنده أنها زنت . ألا ترى أنه قال لأبى واقد : أخبرها أنها لا تؤخذ بقول زوجها ؟ وحديث محمد بن عبد الرحمن عن أبيه قال : استعديت عثمان بن عفان فأخذت بتلابيبه ، فأعدانى . فهذا أيضاً من جهة عثمان يدل على موافقته لفعل عمر . وقد روى عن ابن مسعود نحو من هذا . وأيضاً لو كان الأمر على ما قال مالك ما قدر قاض أن يثبت لمدّع حقاً على المدعى عليه لأن المدعى عليه كان يجلس فى بيته فلا يجوز للقاضى أن يعدى عليه ويحضره . وإذا لم يجز ذلك لا يجوز أن يسمع حجة المدعى عليه[٧] وهو غائب ، فلا يصل المدعى // [ف ٥٠ أ] إلى حقه

---

(٢) ف : عليه .

(٣) ل : أمره .

(٤) ساقط من ل .

(٥) فى الأصل : سلمان .

(٦) ف : وليجرى .

(٧) ساقط من ل .

أبداً ، وهذا يوجب إبطال القضايا ودفع الدعاوى والبينات . وهذا خلاف دين المسلمين .

265 مسـألة[١]

قال : { وإذا استعدى رجل [٢] إلى القاضى [٢] على رجل أو امرأة أعداه عليه وأمره بإحضاره ليجمع بينهما ويسئله عن[٣] دعوى المدعى ، وإن أراد إحلافه أحلفه على دعواه [٤] فى مجلس الحكم [٤] إلا أن يكون المدعى عليه مريضاً أو امرأة لا تخرج . وأما إذا كان صحيحاً أو كانت امرأة تخرج فى الحوائج فإن على[٥] القاضى أن يُعدى عليه إذا استُعدى إليه[٦] } [٧]لما بيناه[٧] . { وأما إذا كان الرجل// [ل ٦٦ أ] مريضاً فالإحضار معدوم[٨] منه . فيوجه القاضى إليه أميناً من أمنائه مع المدعى وشاهدى عدل ممن يعرف المريض ويكتب[٩] للأمين اليمين التى يستحلفه عليها . فإذا أتاه الأمين قال له : إن هـذا أتى القاضى وادعى عليك كذا وكذا ، وأراد استحلافك له ، وأمرنى القاضى باستحلافك إن كنت جاحداً لدعواه . والشاهدان حاضران لذلك[١٠] } .

266 أما توجيه القاضى الأمين فلأن المريض لمّا تعذر عليه الحضور إلى

---

265 (١) هذا العنوان فى ف ، ج فقط .

(٢) ساقط من ل .

(٣) زيد فى ل هنا : ذلك .

(٤) ل : على الحكم .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ف : عليه .

(٧) ف : وقد بينا ذلك فيما سلف .

(٨) كذا فى ف ، ج . فى ل : معدوم . ولعل الصواب : معذور .

(٩) ف : وكتب .

(١٠) ل : كذلك .

مجلس القاضى والقاضى لا [١] يحسن منه [١] ترك المجلس والذهاب إليه أقام الأمين مقام نفسه فى سماع قوله وما لا يقدر عليه القاضى [٢] أن يفعله مع غيبة المريض كاليمين ونحوها . وأما توجيه المدعى فلأن الأمين يحتاج إلى أن يرجع إلى قول المدعى فيما يريده من اليمين وغيرها مما [٣] يوجب الحكم ، فلا بدّ من إنفاذ المدعى معه . وأما الشهود فلأن قول المدعى عليه يحتاج أن يُنقل إلى القاضى فلا يجوز نقله إلا بشهادة [٤] شاهدين عدلين [٤] كسائر الحقوق لأن هذا نقل الإقرار فصار مثل سائر الإقرارات . فإذا كان كذلك ثبت وجوب التوجيه لكل واحد منهم على ما بينا .

267 { فإذا أتوه عرّفه الأمين مجيء المدعى إلى القاضى ودعواه عليه ، فإن أقر بدعوى المدعى شهد الشاهدان على ذلك وقال له الأمين : وكّلْ وكيلا يحضر مع خصمك مجلس الحكم . فإذا فعل ذلك حضر الشاهدان فشهدا عند القاضى بما أقر به بمحضر من وكيله } . وذلك لما بيّنا أن الأمين إنما يقوم مقام القاضى [١] فيما لا يجب ولا يقدر [١] القاضى أن يفعله بنفسه . فأما ما [٢] قدر عليه فإن القاضى يفعله هو بنفسه . فالسماع من المريض ليس يقدر عليه القاضى مع غيبة المريض عنه ، فيسمع منه الأمين والشهود . وأما إنفاذ الحكم عليه فإن القاضى يقدر عليه لأن وكيل المريض يقوم [٣] مقام المريض [٣] كما يقوم وكيل الغائب مقام الغائب وكما يقوم الوصى مقام الميت . والعلة [٤] تعذّر إحضار المطلوب عند القاضى . فإذا كان كذلك يأخذ منه // [ف ٥٠ ب]

---

266 (١) ل : يجب به . (٢) ساقط من ف .
(٣) ل : ومما . (٤) ل : شاهد عدل .

267 (١) ل : فيما لا يمكن فيما يجب فلا يقدر .
(٢) ل : من . (٣) ف : مقامه .
(٤) ف : والمعنى الجامع بينهما .

وكيلا فى الخصومة ويحكم القاضى عليه إذا شهد الشاهدان على إقرار المريض بما سمعا منه .

268 { وإن كان // [ل ٦٦ ب] المريض قد جحد دعوى المدعى وأراد المدعى استحلافه فإن الأمين يُحلّفه على ذلك } لأن القاضى لا يقدر على استحلافه ، والوكيل لا ينوب منابه فى اليمين . فلا بد من إقامة الأمين مقام القاضى فى هذا . { فإذا حلف برىء ، إلا أن يدعى المدعى إقامة البينة على دعواه فيأخذ منه حينئذ وكيلا يحضر معه[1] ليُثبت عليه بينته } من قِبل أن الوكيل يقوم مقام الموكِّل فى سماع البينة عليه ، فيمينه لا تمنع من إقامة البينة كما أن نفس المريض لو كان صحيحاً فحلف ثم أراد المدعى أن يقيم عليه البينة على دعواه قُبلت بينته . فكذلك هذا ها هنا[2] إذا أراد المدعى إقامة البينة على حقه لم يكن للمريض [3] بد من [3] أن يقيم غيره مقام نفسه فى إقامة البينة عليه ، وهذا مما لا يقدر عليه إلا[4] القاضى فلا يكون إلا عنده .

269 { وإن كان الأمين عرض على المدعى عليه اليمين فأبى أن يحلف فعرض عليه ثلاث مرات على ما بينا [1] قبل هذا [1] فى باب النكول عن اليمين ، أخذ منه وكيلا[2] أيضاً يحضر مع خصمه فى مجلس القاضى ويحضر الشاهدان أيضاً فيشهدان عند القاضى بمحضر من وكيله بنكول المدعى عليه عن اليمين . فإذا شهدا بذلك عند القاضى بمحضر من المدعى ووكيل المدعى عليه حكم القاضى عليه[3] بالدعوى بالنكول وألزمه ذلك } . وأما العرض على اليمين فإنما تولاه[4] الأمين لأن القاضى لا يقدر عليه . وأما الحكم بالنكول فإن

---

268 (١) ل : مع خصمه . (٢) ساقط من ل .
(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ف .

269 (١) ساقط من ف . (٢) ف : كفيلا .
(٣) ساقط من ف . (٤) ل : تولى .

القاضى يقدر عليه لأن الوكيل يقوم مقام الموكّل فى إنفاذ القضاء وإنما لا ينوب عنه فى الاستحقاق ، وقد فرغ الأمين ها هنا من الاستحقاق وإنما بقى إنفاذ الحكم ، فللقاضى أن يُنفذ عليه بحضرة الوكيل كما ينفذ عليه الحكم بالبينة بحضرة الوكيل . وأما مجىء الشهود(٥) إلى القاضى وشهادتهما عليه بالنكول فلأن هذا حق يلزم المدعى عليه (٦ للمدعى من إقامة البينة عليه ٦) عند القاضى بمحضر من الوكيل الذى قام(٧) مقام الخصم كما قلنا فى سائر الحقوق . وفى هذه المسائل التى ذكرناها إن القاضى يتولى بعضها هو وبعضها ينوب // [ل ٦٧ أ] الوكيل عنه منابه . ووجه آخر وهو المعتمد ، أن كل ما يجوز فيه إنفاذ الحكم على المريض وإلزامه حق المدعى فإن القاضى يتولاه(٨) بنفسه لأن الأمين ليس بحاكم . وما ليس فيه إنفاذ الحكم فله أن يولى الأمين ويُقيمه مقام نفسه فى ذلك . فاليمين ليس فيها إنفاذ الحكم وإلزام المطلوب أو الطالب شيئاً ، وإنما هو إسقاط الخصومة فى الحال عن المدعى عليه . ألا ترى أن المدعى متى جاء بالبينة قُبلت بينته على المدعى عليه ؟ ولو كان فى اليمين على المدعى عليه إنفاذ الحكم لم تقبل بينة المدعى // [ف ٥١ أ] بعد إمضاء الحكم كما لا تقبل بينة المدعى عليه بعد إمضاء الحكم ببينة المدعى أو بنكول المدعى عليه عن اليمين . فإذا كان كذلك (٩ بان لك الفرق ٩) بين اليمين وبين إمضاء(١٠) الحكم بالنكول والقضاء(١١) بالبينة . وحكم المرأة التى لا تخرج فى الحوائج ولا تبرز للناس ومجالس الأحكام كحكم(١٢) المريض الذى بيناه . والأصل فى هذا ما روى عن النبى عليه السلام فى حديث العسيفى « واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »(١٣)، ولم يأمر بإحضارها،

---

(٥) كذا فى الأصل ، والصواب : الشاهدان .

(٦) ساقط من ف ، ج .

(٧) ساقط من ل .

(٨) فى الأصل : يعولى هو .

(٩) ف : فإن الفصل .

(٩) ساقط من ف .

(١١) ل : إذا .

(١٢) ل : فحكم .

(١٣) انظر فقرة 261 ملاحظة ٩.

فدل على أن[١٤] المرأة تعذَر فى التخلف عن مجالس الأحكام . فإن قيل بأن النبى عليه السلام قد أمر بإنفاذ الحكم عليها وأنت لا تقول مثله فى الأمين قيل له : كذا تقول فى الأمين ، إذا كان القاضى قد جعل إليه الحكم[١٥] والقاضى ممن جُعل إليه [١٦] تولية القضاء صح بتوليته [١٦] .

270 مســـألة

{ والقاضى إذا جاء إليه المستعدى وقال : إن الخصم قد امتنع من الحضور ، أعطاه خاتماً أو كتاباً } — أى ذلك فعل فهو جائز لأن القصد فى ذلك إعلام المستعدى عليه بدعوة القاضى له إلى مجلسه . [١] وقد روى مثل هذا عن[١] علىّ رضى الله عنه [٢] أن امرأة الوليد بن عقبة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه تستعدى على زوجها فأعداها فجاءت فقالت : أبى أن [٢] يجىء معى ، فأعطاها هدبة من ثوبه كهيئة العددى ، فجاءت به[٣] . وقد روى عن [٤] غير واحد من[٤] السلف نحو ذلك [٥] فى إعطاء الخاتم . لا نعرف خلافاً بين الناس فى هذا . فإذا كان [٥] كذلك قلنا : إن القاضى يعطى[٦] الخاتم إلى المستعدى[٧] ويقول له : [٨] أره الخاتم [٨] وادعُـه إلىّ وأشهِـدْ عليـه إن أبى الحضور . { فإن أرى المدعى[٩] المدّعى عليه الخاتم وقال : هذا خاتم القاضى[١٠] فاحضر معى إليه يوم كذا ، وأشهد عليه // [ل ٦٧ ب] بذلك ، فإن قال : لا أحضر ،

---

(١٤) ساقط من ل .
(١٥) ل : أن يحكم .
(١٦) ف : ولاية الأحكام .

270 (١) ف : الأصل فيه حديث .
(٢) ساقط من ل .
(٣) أنظر فقرة 262 أعلاه .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ل .
(٦) ف : يدفع .
(٧) مزيد فى ل هنا : عليه .
(٨) ساقط من ف .
(٩) ساقط من ف .
(١٠) هذه الكلمة غير مقروءة فى ل .

وشهد بذلك عند[١١] القاضى شاهدان مستوران لم يسأل عنهما وكتب إلى الوالى فى إحضاره . فإذا أحضره وشهد الشهود فى وجهه بردّ الخاتم وامتناعه من الحضور حبسه القاضى بذلك على قدر[١٢] ما يرى تأديباً له } . أما وجوب الشهادة على رد الخاتم فلأن قول المدعى غير مقبول عليه فلا بد من إثبات ذلك بالبينة . وأما السؤال والتوقف فى تزكيتهما فإنما لم يجب[١٣] ذلك على القاضى لأنه ليس فى هذا إنفاذ الحكم على إنسان وإنما هو تأديب للمستعدى عليه ، فصار كشهادتهما بكونه[١٤] داعراً[١٥] أو بشىء مما يجب على القاضى أن يزجره عنه . وللقاضى أن يسمع منهما إذا كانا مستورَين . ألا ترى أن أبا حنيفة قد أجاز حبس المشهود عليه بشهادة الواحد إذا كان عدلا ؟ وإن كان الحبس فيه ضرب من التعزير كذلك هذا . وأما كتابته[١٦] إلى الوالى بإحضاره فهذا إذا لم يكن مع القاضى مَن يقدر // [ف ٥١ ب] على إحضاره لأن ذلك من عمل الشُرَط ، وصاحب الشرطة[١٧] يقوم به[١٨] . [٢٠] أما إن قدر القاضى بأصحابه[١٩] على فعل ذلك جاز . كذا قال الشيخ [٢٠] . وأما قوله : شهد الشهود فى وجهه بذلك ، فلأن الشهادة لا تُسمع على غير خصم ، فينبغى أن يكون المشهود عليه حاضراً فى حال إقامة الشهادة عليه . وأما حبسه فلأنه قد أتى منكراً حيث امتنع من إنفاذ حكم الله عليه [٢١] والانقياد لطاعة الإمام فللوالى [٢١] أن يؤدبه ويزجره عنه .

---

(١١) ساقط من ل .

(١٢) ساقط من ف .

(١٣) ف ، ج : لم يجز .

(١٤) ل : بنكوله .

(١٥) أى فاسقاً .

(١٦) ل : البينة .

(١٧) ف : الشرط .

(١٨) ل : مقامه .

(١٩) ساقط من ل .

(٢٠) على هامش ل .

(٢١) ف : فللامام .

271 قال(١) : { وكذلك إن أراه الخاتم وأشهد عليه أنه يدعوه إلى القاضى وقت كذا(٢) فسكت ولم يقل : إنى أحضر ، أو : لا أحضر ، إلا أنه لم يحضر فى الوقت الذى وقت به أو قال : نعم أحضر ، ثم لم يحضر ، فهو واحد . إلا أن الأول أغلظ وأشد امتناعاً فهو أولى بالتأديب } لأن فى ذلك (٣ امتناعاً ظاهراً ٣) وهذا امتناع خفى .

272 فصـــل

{ ولو كان المستعدى عليه قد توارى عن المدعى وادعى المدعى(١) // [ل ٦٨ أ] أنه فى منزله وليس يحضر معه فإن القاضى يكتب إلى الوالى فى إحضاره . فإن قال الوالى : كم أظفر به ، وسأل الطالبُ الختم عليه فإن القاضى (٢ يكلف الخصم ٢) أن يأتى بشاهدين يشهدان(٣) أنه فى منزله } لأن الختم عليه بمنزلة الحبس فلا يقبل (٤ قول المدعى عليه حتى يقيم بينة على دعواه أنه فى المنزل ٤) . { فإذا جاء ببينة سألها القاضى : من أين علمتم ذلك ؟ فإن قالوا : رأيناه اليوم أو أمس أو من(٥) ثلاثة أيام فإن القاضى يقبل ذلك ويأمر بالختم عليه } لأنه قد استحق الحبس حيث امتنع من الحضور وهو قادر عليه فيختم على بابه ويجعل منزله حبساً له(٦) .

273 قال : { وإن كانت الرؤية قد تقادمت لم يقبل ذلك منه إلا أن يكون

---

271 (١) فى ف ، ج فقط . (٢) ساقط من ل .
(٣) فى الأصل : امتناع ظاهر .

272 (١) ساقط من ف . (٢) ف : يكلفه .
(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ل . (٦) ساقط من ف .

المدعى لم يُمكنه التقدّمُ إلى القاضى لأن القرعة لم تدركه فتأخّر[1] إلى الوقت[2] الذى يكون فيه قرعته فيُقبل ذلك منه فى مقدار القرعة ويختم عليه } . وذلك أنه[3] إذا تقادم احتُمل أن يكون التفريط فى التأخير من جهة الطالب دون المطلوب ، وأن المطلوب ليس هو فى بيته هذا الوقت لأن الرجل إذا رأى رجلا فى بيته منذ شهر لا يحكم عليه[4] أنه لم يخرج من البيت ويقعد فيه شهراً ، إذ كان هذا غير متعارف فى عرف الناس . فإذا كان (٥ كذلك ، من أن ٥) الظاهر من عرف الناس أن لا يقعد الإنسان مدة طويلة فى البيت ومن عادتهم القعود ساعة ويوماً[6] ، جعلوا الوقت الفاصل بين القليل والكثير ثلاثة أيام . فإذا شهدوا عليه برؤيتهم إياه فى البيت منذ ثلاثة أيام حكم بكونه فى البيت . فإذا كان أكثر من ذلك لم يحكم عليه إلا أن يكون التقادم (٧ من جهة القرعة كان قد عَيِيَ ٧) يخرج فى الثلاثة وإنما خرج بعد خمسة أو أكثر من ذلك قُبلت بينته فى مقدار // [ف ٥٢ أ] مدة القرعة لأنه لم يُفرّط المدعى[8] فى التقدم إلى القاضى وإنما الامتناع كان من جهة القاضى فى إخراج القرعة ، فلا يَردّ شهادة شهوده .

274 فصـــل

{ فإن أقام المدعى بينة على كونه فى البيت ، ختم على الباب ، فأقام فى منزله والخاتم على الباب ، فقال المدعى للقاضى : // [ل ٦٨ ب] إنه لا يحضر وقد

---

273 (١) ف ، ج فيؤخر . (٢) ساقط من ل .
(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ف .
(٥) فى ل فقط . (٦) فى الأصل : ويوم .
(٧) ساقط من ل . وعيي بمعنى عجز . وفى ج : عسى .
(٨) ساقط من ف .

جلس فى منزله فأعذرنى عليه وانصب له وكيلا واسمع من[1] شهودى عليه ، فقال أبو يوسف : إنى أبعث رسولا ومعه شاهدان فينادى الرسول ببابه بحضرة الشاهدين : يا فلان ابن فلان إن القاضى فلان بن فلان يقول لك احضر مع خصمك فلان بن فلان مجلس الحكم وإلا نصّبت لك[2] وكيلا وقُبلت بينته عليك . فإذا نادى مناديه ثلاثة أيام يأتى بابه[3] كل يوم فينادى[4] ثلاث مرات ، فإن لم يحضر وشهد الشهود عند القاضى بذلك[5] نصب له وكيلا فسمع[6] من شهود المدعى عليه وأمضى الحكم عليه بمحضر من وكيله . [7] وقال غير أبى يوسف { — ولم يُبِنْ مَن كان — { : لا أرى أن أنصب له وكيلا ولا أحكم عليه حتى يحضر [7] } أما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن هذا لمّا امتنع من الحضور إلى مجلس الحكم فعلى القاضى أن يوصل المدعى إلى حقه لأنه منصوب لهذا ، فينصب له وكيلا بعد إقامة العذر على ماببنا ويحكم عليه لئلا يضيع حق المدعى كما قال فى الحجر إذا امتنع من قضاء الدين — إن القاضى يبيع عليه ماله ويؤدى دين الغرماء[8] ، كذلك هذا . وأما غير أبى يوسف فجعله بمنزلة الغائب . فكما لا يقضى على الغائب بغير محضر منه كذلك هذا لأنه غير محجور بالختم والقعود فى بيته .

275 [1] قال : } وقال أبو يوسف فى كتاب أدب القاضى : لو أن رجلا أتى بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ بحق له على رجل فلم يحضر المطلوب مع الطالب وأشهد عليه شاهدَيْن فلم يحضر ولم يوكّل ، إنى أقبل كتاب القاضى والبينة

---

274 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف .
(٣) ف : به . (٤) ساقط من ف .
(٥) ساقط من ل . (٦) ل : واسمع من ثم يسمع .
(٧) ف . وأما عند أبى يوسف فلأنه لا يرى أن يحكم عليه حتى يحضر . وفى ج : وأما عند أبى حنيفة فإنه لا يرى أن يحكم عليه حتى يحضر .
(٨) ف : الغريم .

275 (١) هذه الفقرة فى ل فقط .

عليه وأنفذ القضاء عليه [. وهذا أيضا مثل الأول على ما بينا فى الفصل الأول من قوله[١] .

276 مسألة

قال : وإن تقدم رجل إلى القاضى فادعى على رجل غائب حقا وهو غائب حقا وهو غائب عن المصر وسأل إحضاره والكتاب[١] إلى الوالى فى إشخاصه// [ل ٦٩ ا] فإن كان بين الموضع الذى فيه المدعى عليه وبين المصر من المسافة مقدار ما يأتى الرجل مجلس القاضى ثم يروح من[٢] يومه فيبيت فى منزله أعداه عليه ، [٣]وإن كانت المسافة أكثر من ذلك لم يُعدِ عليه حتى يقيم الطالب شاهدَين أن له عليه حقا وينسبان ذلك الحق إلى ما يستحق به القاضى إحضاره[٣] . [وذلك أن المسافة التى قدرها ما يغدو الرجل من منزله ويروح إليه فى يومه حكمُها حكم المصر ، مثل أن يكون فى محلة أخرى . فأما إذا كانت أكثر فإن ذلك كـكونه فى مصر آخر فلا يُعدى[٤] عليه ، ولكن يستعدى إلى قاضى ذلك المصر حتى يقيم بينة أن له حقا .

277 باب من لا يسأل عنه من الشهود

قال أبو بكر : [قال إسماعيل بن حماد : الشهود الذين لا أسأل عنهم شاهدا ردّ[١] الطينة [— وقد بينا هذه المسئلة فيما تقدم — [وشاهدا تعديل العلانية [— يعنى إذا زُكّيت الشهود فى السر عند القاضى بشاهدَىْ عدل عدل يسأل عنهما // [ف ٥٢ ب] فى العلانية ، فإذا شهد شاهدان ظاهرهما ستر وصلاح حَكمَ بعدالة شاهدى الأصل ، فلا يحتاج أن يسأل شاهدى

---

276 (١) ف : والباب . (٢) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ف ، ج . (٤) ل : يعدا .

277 (١) ف : زادا . ج أراد .

العلانية عن العدالة — { وشاهد[٢] الغربة يدعو[٣] به القاضى على غير قرعة } — يعنى إذا ادعى رجل على رجل حقا ، وادعى أنه مسافر ، فطلب من القاضى سماع بينته بغير قرعة ، فإن القاضى يطلب منه شاهدين على دعواه أنه مسافر ، فإذا شهد بذلك رجلان مستوران فى الظاهر قُبِل منهما ولا يسأل عن تعديلهما — { وشاهدا[٤] الإشخاص } يعنى أن يستعدى الرجل على الرجل يريد إشخاصه إلى المجلس ، والمستعدى عليه غائب عن المصر ، فطلب القاضى منه إقامة البينة بالحق الذى يدعيه قبله[٥] ، فإن القاضى لا يسأل عن تعديلهما . [٦] وهذه هى مسئلة آخر الباب الذى قبل هذا . ذكر الخصاف هذه المسائل الأربع[٦] عن اسماعيل ولم يَعْزُه إلى غيره من أصحابنا . ثم قال : { وقال ابن سماعة : أما أنا فأسأل عن شاهدى رد[٧] الطينة وعن شاهدى الإشخاص }. أما شاهدا تعديل العلانية وشاهدا الغربة [٨] ليدعو به إلى القاضى على غير قرعة[٨] فلا خلاف فيهما على ما حكاه الخصاف أنه لا يسأل عن تعديلهما . والوجه فى ذلك / / [ل ٦٩ ب] أنه ليس فيه إيجاب الحكم على أحد لأن عدالة شهود الأصل قد ثبتت بشهادة المذكين فى السر ، وإنما يستظهر[٩] القاضى ويسأل فى العلانية أيضا إعلاما[١٠] للناس بتزكية الشهود فى السر والعلانية . وكذلك شاهدا الغربة مثل هذا لأنه ليس فيها إبطال حق الحاضرين لأن للقاضى أن يقدم المسافر أن غيره من المقيمين إذا رأى ذلك . وإذا كان له أن يفعله بغير شهود لم[١١] يلزمه تعديل الشهود إذا شهدوا بكونه مسافرا . وأما شاهدا

---

(٢) ف : وشاهدا .
(٣) ل : ليدعوا .
(٤) فى الأصل : وشاهدى .
(٥) ل : قبل .
(٦) ف : وهذه المسائل التى ذكرها الخصاف .
(٧) ف : زاد .
(٨) ساقط من ف . والمعنى غير واضح ، ولعل الصواب : ليدعو بهما القاضى . . . .
(٩) يعنى : يحتاط .
(١٠) ل : اعلاما .
(١١) ل : ولم .

رد[١٢] الطينة وشاهدا الإشخاص فإن إسماعيل شبههما بما قدمنا لأنه ليس فيها إنفاذ الحكم على أحد . وابن سماعة فرّق بينهما لأن فى شاهدى رد[١٣] الطينة إيجاب الحبس على الرادّ . فصار كسائر الحقوق التى يُلزِمها القاضى المشهودَ عليه بشهادة الشهود ، فلا بد من تعديل الشهود على ذلك . وكذلك شاهدا الإشخاص لأن فى ذلك إيجاب الحضور على الشخص[١٤] إذا لم يكن قد لزمه ذلك إلا بشهادتهما أن[١٥] للمدعى عليه حقا . فلذلك قال : إنه لابد من تعديلهما . وهذا الذى قاله ابن سماعة أحسن عندى[١٦] .

278 مســـــألة[١]

وأما الهجوم على الخصوم إذا توارى الرجل فى منزله وتبين ذلك القاضى بغير شهادة الشهود أنه فى منزله فإنه قد رواه بعض أصحابنا ، وقال : يوجه القاضى رجلين ممن يثق بهما ومعهما جماعة من النساء والخدم ومعهم الأعوان فيكون الأعوان بالباب وحول الدار ، ويدخل النساء والخدم ويتنحى حرم المطلوب ، فيفتشونه ، فإن أصابوه أخرجوه إلى القاضى . قال : والهجوم إنما يكون أن يؤتى منزل المطلوب بغتة وهم لايعلمون حتى يهجموا على منزله فيدخلون من غير استئذان . يدخل النساء أولا حتى يصيروا[٢] فى الدار حيث يرون مَن فيها وأن يروا[٣] حرم المطلوب حتى يُنحّــوا[٤] ، ثم يدخل

---

(١٢) ف : زاد .

(١٣) ف : زاد .

(١٤) ل : الأشخاص .

(١٥) ساقط من ل .

(١٦) ساقط من ف .

278 (١) هذه المسئلة فى ل فقط ، ولعل موضعها الصحيح فى آخر الباب السابق . ومؤداها ورد فى مختصر هذا الكتاب قبل البحث فى المسألة عن الشهود . أنظر مخطوطة فاتح ٢٢٦٩ ورقة ١٥ أ .

(٢) كذا فى ل ، والصواب : يصرن . (٣) كذا فى ل ، والصواب : يرين .

(٤) كذا فى ل، والصواب : ينحين .

الرجال بعد ذلك } . الأصل فى جواز الهجوم على الخصوم ماروى عن على وعمر رضى الله عنهما أنهما فعلا // [ل ٧٠ أ] ذلك ولأنه لما اتفق الجميع على أنه لو رأوا منكرا فى دار رجل جاز للناس أن يهجموا عليه ويغيّروا ذلك المنكر ، كذلك إذا امتنع أحد الخصم من التزام الحق جاز للقاضى أن يهجم عليه ويستوفى منه حق المدعى ويمنعه من الظلم الذى يظلم على المدعى .

279 باب الحبس فى الدَّين وعقوبته[١]

الأصل فى هذا الباب ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليّ الواجد يُحلّ عرضَه وعقوبتَه »[٢] ، وفى بعض الأخبار « مطل الواحد ظالم يُحلّ عرضه وعقوبته »[٣] والعقوبة هى الحبس . وكذا روى عن السلف . وروى بَهْز بن حكيم // [ف ٥٢ أ] عن أنس عن جده أن[٤] النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة[٥] . وروى سلام[٦] بن مسكين عن الحسن أن أُناسا من الحجاز اقتتلوا فقُتل بينهم قتيل ، فبعث إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم[٧] . وروى اسماعيل بن رجاء ، عن أبى مُخلد أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا من جُهينة أعتق شِقْصا له فى مملوك حتى باع فيه[٨] غنيمة له[٩] . فهـــذه الأخبار تدل على صحة ما ذكرناه [١٠]فى حبس[١٠] المطلوب بالحق . وروى أن على ابن طالب [١١]كان له[١١]

---

279 (١) فى ل فقط .

(٢) بخارى ، استقراض ١٣ .

(٣) لم يرد فى ولسنك .

(٤) ل : عن .

(٥) أنظر أبا داود ، ١ قضية ، ٢٩

(٦) ل : سلامة أنظر ميزان الاعتدال للذهبى ، ج ٢ ، ص ١٨١ .

(٧) ساقط من ل . هذا الحديث لم يرد فى ولسنك .

(٨) ل : كسبه .

(٩) هذا الحديث لم يرد فى ولسنك .

(١٠) ساقط من ل .

(١١) ساقط من ل .

حبس فى البصرة يحبس فيه الخصم سماهُ نافعاً ، ولم يكن وثيقا فاحتالوا عليه وخرجوا منه وهربوا[١٢] فبنى حبسا آخر وسماه مُخَيَّساً[١٣] . وذكر فى ذلك أبياتاً فقال :

بنيتُ بعد نافع مخيساً حصناً وأمينا كَيِّسا ألا ترانى كيسا مُكَيَّساً[١٤]

280 "ومن جهة النظر أن[١]" القاضى منصوب لإيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم ، فإذا امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن بد للقاضى من أن يُجبِره على أداء حق الطالب . ولا خلاف بين الناس ألا يُجبر عليه[٢] بالضرب ، فينبغى أن يجبر عليه بالحبس .

281 قال "[١]أبو بكر[١]" الخصاف : { وإذا قدّم رجل رجلا إلى القاضى فثبت عليه مال إما بإقرار أو بيّنة وطلب حبسه فإن القاضى يتأنى فى حبسه له[٢] ولا يعجل ويأمره بالخروج إليه من حقه فإن لم يفعل وأعاده إليه يريد حبسه فإن القاضى يحبسه ويكتب له حبسه فى ديوانه : حُبِس فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا وكذا درهما يوم كذا وكذا من شهر // [ل ٧٠ ب] كذا وكذا من سنة كذا } . "[٣]أما تأنى[٣]" القاضى فى حبسه وترك العجلة فيه فلأنه إذا أعلمه بما يريد أن[٤] يمضى عليه "[٥]من الحبس أو[٥]" غيره ليؤدى حق الطالب قبل أن يحبس "[٦]كان أحسن[٦]" من أن يبادر بحبسه قبل كل شىء .

---

(١٢) ساقط من ل . (١٣) ف : محبسا .

(١٤) ف : انى بنيت بعد نافع مخيسا ، حصنا حصينا وأمينا كيسا ، ألا ترى أنى كيس كيسا . انظر لسان العرب تحت مادة كيس ، وخيس .

280 (١) ل : ولأن . (٢) ساقط من ف .

281 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .
(٣) ل : وإنما تأنى . (٤) ل : إنما .
(٥) ساقط من ف . (٦) ساقط من ف .

فلهذا قلنا إنه ينبغى أن يتأنى فى ذلك ويعرفه القضية ، فإن لم يؤد الحق بعد إعلامه ذلك حينئذ حبسه . وكما قلنا فى النكول إنه لا يحكم عليه حتى يعلمه بحكمه ويعرض عليه اليمين ثلاث مرات ثم يحكم عليه بالنكول . وأما فائدة كتابة مقدار الدين وما وقع به الحبس واسم المحبوس والمحبوس له فلأنه إذا لم يكتب ذلك يجوز أن يجيء واحد ويؤدى مقداراً من الدين ويجيء إلى القاضى ويدعى خلاص واحد قد حُبس بجرم عظيم فيطلق ذلك الرجل بهذا . فلا بد للقاضى من أن يبين كل محبوس بما حُبس به حتى إذ برىء من ذلك الحق أطلق عليه ، فلا يختلط بغيره من المحبوسين . وكذلك اسم المحبوس والمحبوس[7] له لهذا المعنى ، لأن المحبوس إذا لم يُعرف اسمه[8] لا يدرى بأى شيء[8] ينبغى أن يطلق إذ[9] كان يجوز //[ف ٥٣ ب] أن يكون قد حبس فى[10] غير[11] هذا الحق[12] . فلو اقتصر على اسم الطالب دون المطلوب[13] المحبوس لم يأمن أن يؤدى غير محبوس الطالب دينا فيطلق غير الذى أدى الدين ،فلا بد من أن يكتب اسم المحبوس لئلا يلتبس على القاضى إطلاقه[14] . واسم الطالب هذا أيضاً لأنه لو اقتصر على اسم المحبوس لم يدر متى يستحق إطلاقه ، ولعل هذا المحبوس محبوس بحق آخر لغير الطالب أيضاً. فإذا كتب اسم المحبوس له ، وهو الطالب ، يكتب أنه لم يُحبس بغير حق هذا الطالب . فإذا أدى حق الطالب يُطلق . وأما ذكر التاريخ فى وقت الحبس فلأنه يحتاج أن يعد الأيام من وقت الحبس حتى إذا مضى قدر أربعة أشهر أو نحوه ، على مايرى القاضى ، ولم يَتَبين له غناؤه أخرجه القاضى من الحبس وحكم عليه بالإفلاس إن كان ممن يرى ذلك،وإن كان ممن لا يرى ذلك الإفلاس

---

(٧) مزيد خطأ فى ل هنا : فلو اقتصر على اسم .

(٨) ف : لا يؤمن أن يأتى بشيء . (٩) ل : إذا .

(١٠) ساقط من ل . (١١) ساقط من ف .

(١٢) مزيد فى ل هنا : طالب هذا المحبوس .

(١٣) فى ف فقط . (١٤) ساقط من ف .

فلا بد من إخراجه من الحبس إذا بان له[١٥] أنه غير غنى . // [ل ٧١ أ] .

282 قال الخصاف : { والصواب عندنا[١] — والله أعلم — ألا يحبسه حتى يسأله : ألك مال ؟ فإن أقر أن له مالا حبسه[٢] ، وإن قال : لا مال لى ، قال للطالب : ثبِّتْ أن له مالا حتى أحبسه } . قال : { وهذا قول بعض أصحابنا } — ولم يعزه إلى واحد بعينه . قال: { وقول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والحسن بن زياد أن القاضى يحبسه حتى يتبين عدمه فيما بينه وبين أربعة أشهر فيما رواه محمد بن الحسن . وفى رواية الحسن بن زياد : ما بينه وبين ستة أشهر ، ثم يسأل عنه } .

283 قال الشيخ : الذى قال الخصاف — أنه لا ينبغى أن يُحبس حتى يسأل — لا يُعرف عن أصحابنا . والمشهور من مذهبهم أن يحبس المطلوب قبل مسئلة الناس عن إفلاسه وغناه[١] ، وليس على الطالب أن يثبت غناه حتى يحبس ، لأن المطلوب إذا دخل مع الطالب فى[٢] عقد المداينة فالظاهر أن ماأخذه من البـدَل أو المُبـَدل فى يده حتى يتبين لنا[٣] أنه قد خرج من ملكه . فإذا كان كذلك يحكم عليه بكونه قادراً على قضاء الدين حتى يظهر لنا خلاف ذلك . قال الشيخ : ولا فرق بين هذا الدين الذى ثبت من جهة عقـد المعاوضة أو القرض أو الغصب وبين الذى يلزمه من مهر المرأة والكفالة عند أصحابنا . والذى قال الخصاف من الفرق بين المهر[٤] والكفالة وبين الدين[٥] الذى ثبت من هذه الوجوه التى ذكرنا لا يُعرف عن أصحابنا . وذلك أن

---

(١٥) ساقط من ل .

282 (١) ساقط من ف . (٢) ل : حبس

283 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .
(٣) ل : له . (٤) ساقط من ف .
(٥) ساقط من ف .

الزوج وإن لم يحصل له بَدَل مال ، وكذلك الكفيل إن لم يحصل له ، فإن دخولهما فى هذا العقد والتزامهما (٦هذا الدين٦) اعتراف منهما بقدرتهما على قضاء ما قد لزمهما ، فصار كسائر الديون فى باب وجوب الحبس ، إذ الظاهر أنه قادر على القضاء حتى يظهر لنا خلافه . وفرّق الخصاف بين المهر والكفالة // [ف ٥٤ أ] وبين سائر الديون : فإن المطلوب هاهنا لم يحصل له ما يقضى به حق الطالب ، فالظاهر أنه غير قادر على قضائه . وفى سائر المسائل قد حصل له ما يؤدى به حق الطالب لأنه إن كان عقد مبادلة فالبدل أو المُبدَل // [ل ٧١ ب] فى يده فى الظاهر من أمر الناس . وإن كان الدين من غصب أو قرض فهو أبين لأن الظاهر أن المغصوب أو المستقرض فى يده فعليه قضاؤه إلى صاحبه . وقال فى آخر الباب مسئلة فى حجر المفلس ، وفرق أيضاً بين المهر والكفالة وسائر الديون وعزاها إلى محمد ، وقول من قال إن الظاهر أنه مُفلس لأن الأصل الإفلاس فاسد ، لأنا لم ندع أن الأصل فى الناس الغنى ، وإنما قلنا إن الأصل أن(٩) المتعاوضين إذا عقدا عقد معاوضة فالظاهر أن كل واحد منهما قد حصل له العوض أو المعوض عنه فى يده ، فلا يحكم عليه بزواله إلا بدلالة .

284 وأما تقديره بأربعة أشهر على رواية محمد(١) وستة أشهر على رواية الحسن فهو على حسب ما يرى القاضى من مدة ظهور الإفلاس . وقد قال فى غير هذا الموضع : شهرين — ثلاثة ، لأن الغنى يجوز أن يعد على نفسه أياما يسيرة ويتحمل المشقة فى الحبس ولا يظهر غناه لغرضٍ ما ، فأما إذا طالت المدة فليس الظاهر من أمر الناس أن يتحمل الإنسان الغنى المشقة على نفسه

---

(٦) ف : له .

(٧) ساقط من ف .

(٨) ل : ق .

284 (١) ساقط من ف .

مدة طويلة . ولو وقع واحد على هذا الوصف يكون نادراً شاذاً غير (٢)معتاد من عُرف الناس . فلذلك قالوا إنه ينبغى أن يُحبَس شهوراً حتى يتبين(٢) أمره ويسأل جيرانه الثقات وأهل الخبرة (٣)به عن(٣) أمره . فإذا قالوا : ما له مال نعلمه وإنا لنعلم عسرته وضيق معاشه ، فَـأَطـْلقه القاضى وأخرجه من الحبس ، ولم يُخَـلِّ بينه وبين خصمه . فإن أراد خصمه ملازمته خلاّه . أما إطلاقه من الحبس بعد ما ظهر للقاضى إفلاسه فلأنه غير قادر على قضاء الدين ولا هو مأمور بقضاء الدين مع العجز عنه . قال الله تعالى ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾(٤) وقال ﴿ إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً ﴾(٥) وقال ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾(٦) . (٨)وقال الشيخ : يعنى أن لا يحبس ، لا أنه لا يُخَـلّى بينه وبين خصمه فى الملازمة بدلالة قوله عليه السلام « لصاحب الحق اليد واللسان »(٧) واليد الملازمة . وعن عَلىّ مثل ما قلناه(٨) .

285 وأما الملازمة فإنما لم يمنعه منـــه لأن نفس الإعسار لا يوجب سقوط(١) الحق عن المطلوب . يدلك عليه قول / / [ل ٧٢ أ] النبى صلى الله عليه وسلم « من أنظرَ معسرا أو وضع عنه أظَـلَّـه الله فى ظل العرش »(٢) . فالدلالة فى هذا من وجهين ، أحدهما (٣)أن الخبر(٣) يدل على صحة ماذكرناه من بقاء حق الطالب على المطلوب بقوله(٤) « من أنظر معسرا » . فلو كان الإعسار

---

(٢) ساقط من ل .

(٣) ل : من . (٤) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٦ .

(٥) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٧ . (٦) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٠

(٧) هذا الحديث لم يرد فى ونسنك . (٨) ساقط من ف .

285 (١) ف : إسقاط .

(٢) فى ابن حنبل « من أنظر ... فى ظل عرشه يوم القيامة » ، ج ١ ، ص ٣٢٧ .

(٣) ساقط من ل . (٤) ف : من قوله .

(٥)مسقطا لحق(٥) الطالب لم يحتج المعسر إلى إنظار الطالب لأنه كان//[ف٥٤ب] يكون بريئاً من حقه أنظرَه أو لم يُنظرْهُ . فلما حث الناس على إنظار المطلوبين فى حال إعسارهم دل على بقاء الحق مع الإعسار . والوجه الثانى قوله « أو وضع عنه » . ولو كان الحق قد سقط بالإعسار استحال (٦)وضع الحق(٦) عنه بعد ذلك ، إذ الحق قد سقط عنه (٧) بالإعسار أيضا(٧) . وأيضا (٨) مابيناه من قوله(٨) عليه السلام « لصاحب الحق اليد واللسان » واليد الملازمة . وهذا عموم فى حال اليسار والإعسار . وقد رُوى عن علىّ مثل هذا الذى قلناه من الملازمة فى حال الإعسار وإطلاقه من الحبس — رواه اسماعيل بن ابراهيم ابن مهاجر عن(٩) عبدالملك بن عمر قال : كان علىّ إذا أتاه رجل برجل فقال: إن لى (١٠) عليه دينا : قال ألهُ مال ؟ إن كان له مال أخذناه بذلك . فإن قال : نعم ولكنه قد ألجأه(١١) ،قال له : أقِمْ بينة بذلك (١٢)وإلا سَحلفَ(١٢) بالله ماألجاه. فإن قال : احبسه ، قال لا أُعينك على ظلمه. قال : فإنى ألزَمهُ . قال : الزمه وإن كنتَ ظالمًا له ولا أحول بينك وبينه . فأخبر (١٣)أنه لايحبسه ليتبين(١٣) له الإفلاس. فبان لك بهذا أن مذهبه أن المفلس لا يُحبس [وإن](١٤) كان معرفة الإفلاس مختلف فيه(١٥) عندنا لا يُعلم إلا بالحبس مدة مقدرة أو بإقامة بينة على ذلك أو بإقرار الطالب به ، وعند غيرنا الأصل الإفلاس حتى يثبت الغنى. وبيّن أنه وإن كان ظالما فى ملازمته فلا ينبغى للقاضى أن يحول بينه وبينه لأن علياً رضى الله عنه لم يَحُلْ بينهما . فإن قيل قال الله تعالى ﴿ فنظرةٌ

---

(٥) ل : يؤخر حق .
(٦) ل : الوضع .
(٧) ساقط من ل .
(٨) ف ، قال النبى .
(٩) ساقط من ل .
(١٠) ساقط من ف .
(١١) يعنى : عصمه .
(١٢) ل : كذا لاحلف . ف : وإلا احلف.
(١٣) ف : أنى لا أحبسه حتى يتبين .
(١٤) ل : وإذا . ف ، ج : فإن .
(١٥) ساقط من ل .

إلى ميسرة ﴾ فبـيّن أنه مُنظر بنفس الإعسار ، قيل له إن قوله ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾ أمرٌ بالإنظار وليس هو حكما بأنه مُنظر . فإذا كان كذلك لم يكن فى الآية دليل على خلاف ما قلنا ، بل هو مؤكِّـد لما ذكرنا لأنه أمرَ بالإنظار بعد الإعسار تحكم ببقاء حق الطالب مع الإعسار . وإذا كان كذلك لم يمنع من الملازمة .

286 قال : [وإن أحضر المدّعى عليه بينة قبل هذا الوقت بالعدم فشهدوا عند القاضى بذلك قَبِـلَ القاضى ذلك وأخرجه من الحبس وفلّسه] على ما وصفتُ لك[١] . وذلك[٢] أن فى إقامة البينة على عدمه حقا للمطلوب . والحكم بالإعدام مما يثبت فى الأحكام . فإذا كان للإنسان فيه حق تُـقبَـل بينته عليه كما قلنا فى سائر الحقوق[٣] . فإن قيل إن الشهادة على النفى غير مقبولة وهذا المحبوس إنما أقام البينة على أنه مُعدِم غير مالك لشىء من المال فينبغى أن لا تقبل الشهادة على النفى ، قيل له إن[٤] لفظ الشهادة لم يقع على النفى ، ° وإن حصل ° معنى النفى فلا يقدح ذلك فى الشهادة كما[٦] أنهم لو شهدوا أنه غنى كانت شهادتهم مقبولة وإن كان // [ف ٥٥ أ] فى ذلك نفى الفقر لأن معنى النفى غير مقصود بالشهادة . كذلك ما ذكرنا .

---

286 (١) ساقط من ل . (٢) ل : وقال .

(٣) فى ل هنا استطراد كما يأتى : وليس هذا كالمشهود عليه بالربا إذا ادعى أن أحد الشهود أكل الربا وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته لأنه ليس كونه أكل الربا مما يثبت بالخصومات وحكم الحكام ، فلا تقبل البينة عليه وإن ادعى به حقاً . ألا ترى أن رجلا لو جاء إلى القاضى وقال إن الشا[هد أكل] الربا وأنا أقيم عليه البينة ، لم تقبل بينته عليه ولا يحكم بشىء ، ولو حبس رجلا بدين ثم ظهر للقاضى أنه مفلس يحكم عليه بالإفلاس وبطلانه من الحبس ؟ فقد ظهر لك الفرق بينهما . وبأن الإعدام مما يثبت فى الأحكام ، وكونه أكل الربا لا يقع عليه الحكم . فلذلك قبلنا البينة على الإعدام ولم نقبل على كونه أكل الربا .

(٤) ساقط من ل . (٥) ساقط من ف .

(٦) ل : ألا ترى .

287 فصـــل

قال الخصاف : { وإن حبَسه القاضى وله أموال فامتنع من أداء الحق الذى لزمه فإن أبا حنيفة قال : أدَعُه فى الحبس ولا أبيع عليه ماله ولا أحجر(١) عليه } . أما تركه فى الحبس فلأن على القاضى أن يجبر(٢) عليه حتى يستوفى منه حق الطالب . وقد قلنا إنه لاخلاف بين الناس أن // [ل ٧٣ أ] لا يجبر عليه بالضرب فينبغى أن يجبر عليه بالحبس . وقد بينا وجوب الحبس بالدين . وأما الحجر فإنما لم(٣) يجزه أبو حنيفة رضى الله عنه لأن عنده(٤) الحجر على الحرّ البالغ باطل من قبل أن الحجر إنما يُحتاج إليه لمنعه من الإقرار بالدَّين بعد ذلك ، وليس يجوز إبطال إقرار الحرّ البالغ العاقل الصحيح فيما لا تُسقطه(٥) الشبهة(٦) كما لا يجوز إبطاله فيما تسقطه(٧) الشبهة نحو الحدود وغيرها لأن الذى لا يسقط بالشبهة (٨ آكَدُ فى باب اللزوم مما يسقط بالشبهة٨) . فإذا كان الذى تسقطه الشبهة (٩ يلزمه إذا كان حرّاً بالغاً صحيحاً عاقلاً فى جميع الأحوال فالذى لا تسقطه الشبهة٩) أحرى باللزوم . (١٠ وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما يجيزان الحجر عليه إذا أفلس ، يعنى أن يكون الدين مستغرقاً لماله فيكون مفلساً من هذه الجهة ولا [يريدان به](١١) المفلس الذى [ليس](١٢) له مال أصلاً ، لأنه لا معنى لحجر ذلك إذ الحجر إنما هو

---

287 (١) كلمة غير مقروءة فى ل .
(٢) ف ، ج : يحبس .
(٣) ساقط من ل .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ل : تسقط .
(٦) ل مضطربة هنا إذ تزيد : كما لا يجوز للعاقل فما لا تسقط الشبهة .
(٧) لا تسقط .
(٨) ساقط من ل .
(٩) ساقط من ل .
(١٠) من هنا إلى (١٨) ساقط من ف ، ج .
(١١) ل : يريد به .
(١٢) لا يستقيم المعنى بدون هذه الكلمة .

[لمنعه][١٣] من التصرف فى المال الذى قد حصل فى يده حتى يستوفى الغرماء ديونهم . وأما إذا لم يكن فى يده مال فلا معنى للحجر . فمسألتنا هى فى المفلس المستغرَق مالُه بالدين وكان غنياً وامتنع من أداء الحق إلى الطالب يُباع عليه العقار وجميع أمواله فيقضى ديونه ثم يخرج من الحبس . وأما عند أبى حنيفة فإن الغنى إذا امتنع من أداء الحق المطالَب به [يُحبس ويُعزل][١٤] فى السجن حتى يَبيعَ ماله ويؤدى دين الطالب لأنه لايرى الحجر ولا يجوّز أن يُباع شيء من ماله بغير أمره . وعندهما : لما جاز الحجر عليه جاز أن تُباع عليه ويؤدّى حق الطالب . ووجه قولهما الأخبار المروية عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه باع على معاذ مالا وأدى دين الغريم[١٥] . فالجواب إن هذا يُحتمل أنه أمر [لمعاذ][١٦] ببيعه ، فباع معاذ فأضيف الفعل إلى النبى صلى الله عليه وسلم لأنه كان الآمر به . كما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى قصة [سويد بن مقرن][١٧] أنه أعتق مملوكا له — وفى بعض الألفاظ أنه أمرهم بعتقه وذلك أنه كان لهم مملوك، فلطمه واحد منهم ، فأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم بعتقه ، فأضيف// [ل ٧٣ ب] [الفعل إلى النبى صلى الله عليه وسلم لأنه] كان أمرهم به . وكذا جميع ما رُوى فى هذا من الأخبار[١٨] .

288 قال : { وقال أبو يوسف فى رجل حبس [١]غريما له[١] ثم غاب ، فسأل القاضى عن المحبوس فوجده مُعدِما ، قال : يأخذ منه كفيلا ويخلى سبيله } لأن القاضى إذا وقف على إعدامه لم يستحق المحبوس الحبس[٢] كما أنه إذا علم براءته من حق الطالب لم يجز للقاضى حبسه . كذلك هذا ، فعليه إطلاقه ،

---

(١٣) ل : ليبسم . (١٤) ل : فيجلس ويعزل .
(١٥) لم يرد فى ونسنك . (١٦) ل : لا معاذ .
(١٧) ل : مدمر مقرز . أنظر هذا الحديث فى ابن حنبل ، ح ٣ ، ص ٤٤٧ .
(١٨) من ملاحظة (١٠) إلى هنا ساقط من ف ، ج .

288 (١) ف : غنيا بماله . (٢) ف حبسه .

وأما أخذ الكفيل فلأنه لا يأمن أن يجيء الطالب[٣] ويدعى إقامة البينة على أن له مالا يقدر على تأدية حقه منه[٤] فيؤخذ منه كفيل[٥] احتياطا للطالب . قيل[٦] للشيخ : فمن أى وجه يعلم القاضى أنه معدم ، أليس ببينة ؟ قال : نعم . فقيل : فيقبل بينته على ذلك والطالب غائب ؟ قال : نعم لأنه ليس هو ذا يُثبت على الطالب شيئا وإنما يثبت فقر نفسه وإفلاسه وهذا المعنى لا يتعلق بالطالب .

289 قال : { وقال محمد إذا كان الغريم مقرًّا بما عليه فأراد صاحب الحق ملازمته وقال الغريم : احبسنى ، فللطالب أن يلازمه ولا يحبسه } . وذلك أن الحبس والملازمة جميعاً[١] حق الطالب إلا أن أحدهما ، وهو الحبس ، أغلظ[٢] والآخر أخف ، فله أن يعدل من الأغلظ إلى الأخف ، وليس للمطلوب فى ذلك[٢] اختيار لأن الحق عليه لا له .

290 قال : { وقال محمد : إذا جاء الطالب والمطلوب إلى القاضى فقال المطلوب : أنا مفلس ومعى بينة تشهد على أن لا شيء معى ، فإن القاضى لا يسمع منه } . قال الشيخ : لأنا قد بينا أن الإفلاس لا يثبت إلا بالحبس والامتحان لأنه يجوز أن يقتر على نفسه ولا يَظهر غناؤه //[١] [ف ٥٥ ب] فيشهد الشهود على ما ظهر لهم من حاله فلا ينبغى أن يسمع من الشهود حتى يُحبس ويتبين حاله بطول الأيام . فإن جاء حينئذ ببينة تشهد على إعدامه قبلت وإن لم يمكث فى الحبس مقدار شهرين[١] أو ثلاثة[١] لأنه يجوز أن يوقف على

---

(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط ل .

(٥) فى الأصل كفيلا . (٦) ل ، ج : قال . وفى ف مصححة إلى: قيل .

289 (١) ل : أيضاً . (٢) ساقط من ل .

290 (١) ساقط من ف .

حاله بدون هذه المدة لأن هذا التقدير إنما هو على قدر اجتهاد القاضى وليس هو شيء لا يجوز عليه الزيادة ولا النقصان . قال : { وروى محمد أن أبا حنيفة كان يقول : أحبسُه شهرين ، ثلاثة ، } وهو قول محمد ، وهـــذا فى رواية هشام .

291 { وقال // [ل ٧٤ أ] فى المطلوب إذا مرض فى الحبس مرضاً أضناه فإن كان له خادم يخدمه لم أخْـرِجْـهُ ، وإن لم يكن مَن يخدمه أخرجتهُ } ، وذلك لأنه إذا لم يكن له من يخدمه لم يجز أن يُترك هناك مريضاً على حال السوء فيتلف لأن الطالب لم يستحق عليه التلف . فإذا كان حبسه يؤدى إلى التلف أطلق . وأما إذا كان هناك من يخدمه أمِـنَ[1] هذا المعنى لأن خدمته فى الحبس وفى البيت سواء . والموت إذا لحقه لم يلحقه من جهة الحبس والتقصير فى القيام بأمره . فلذلك لم يخلِّ[2] عنه .

292 { وقال محمد فى ملازمة المرأة : إن للطالب أن يلازمها[1] بامرأة تجعلها[2] معها } لأن [3] الرجل لا يجوز أن يخلو بها [3] .

293 { وقال محمد : إذا خفتُ من الرجل أن يفر من حبس القاضى[1] حوّلته إلى حبس اللصوص إن لم أخف عليه منهم } . [2] وذلك لأنه [2] إذا خاف منه الفرار صار هذا الحبس كلاَ حبس ، فينبغى أن يُحول إلى موضع وثيق يكون حبساً له . فإن كان يخاف عليه من اللصوص لم يحوّل إلى عندهم

---

291 (١) ف : أمن منه . (٢) فى الأصل : يخلى .

292 (١) يلزمها . (٢) ف : جعلها .
(٣) ف : الرجال يجوز أن يخلون بهن .

293 (١) ساقط من ف . (٢) ف : وكذلك أنه .
(٣) ف : يحبس عليه .

لِما بينا أن الطالب لم يستحق عليه تلفه بالحبس فلا يجوز أن يُحبس[٣] في موضع يخاف عليه إتلافه .

294 { وقال محمد : لا أمنع مَن حبسته أن يُدخل عليه جاريته الحبس فيطأها إن كان له هناك موضع } من قِبل أن الحبس لا يوجب بطلان حقه في بُضع امرأته فلا يُمنع منه كما لا يُمنع من الأكل والشرب .

295 قال[١] : { ولا يفلسه الحاكم من مهر امرأته ولا من الكفالة } ، يعنى لا يحكم عليه بالحجر حتى لا يجوز إقراره لأحد بعد ذلك بالدين كما قال أبو يوسف ومحمد فى سائر الديون ، وذلك أن مهر المرأة وكفالة المكفول له لم يحصل به[٢] عِوَضٌ هو مال فيكونان[٣] أولى بذلك من سائر الغرماء الذين يُقر لهم بعد الإفلاس ، وإنما حصل[٤] عليه دينهما (٥ بغير بدل هو مال ٥) فصار هذا والمال الذى يقرّ به لغيرهما بعد الإفلاس سواء . فلذلك لا يرى الحكم بالإفلاس فى المهر والكفالة . وأما سائر الديون فإن حق الطالب ثابت فيما حصل له من عوض إذا كان ذلك مالا ، فلا يجوز إقراره لأحد[٦] بعد الحكم بالإفلاس // [ف ٥٦ أ] والحجر عليه وصار عندهم بمنزلة المريض // [ل ٧٤ ب] الذى عليه الدين فى الصحة إذ الحجر عندهم[٧] يوجب إثبات حق الغرماء فى المال[٨] الحاصل (٩ فى يده كما أن المرض يوجب إثبات حق الغرماء فى مال المريض ٩) . فإذا كان كذلك جرت هذه المسائل مجرى مسائل المريض فلا يجوز إقراره فيما فى يده ولا هبته ولا تصدّقه[١٠] إلا على وجه المبادلة وحصول مثله فى ملكه كما قلنا فى المريض .

---

295 (١) ساقط من ل .
(٢) ل : له .
(٣) الفاء سببية بمعنى : حتى يكونا .
(٤) ف : فصار .
(٥) ف : من غير بدل مال .
(٦) مزيد فى ل هنا : فيه .
(٧) ساقط من ف .
(٨) ف : مال المريض .
(٩) ساقط من ف .
(١٠) ف : تصرفه .

296 مسـألة

[وقال أبو حنيفة رحمة الله عليه : لو أن رجلا ثبت عليه لإنسان دراهم فامتنع من دفعها إليه ، وله دنانير ، بِعْتُ عليه الدنانير بدراهم ودفعت إلى صاحب الدراهم حقه] . وهذا استحسان منه[1] ، والقياس عنده أن لا يُباع عليه الدنانير بالدراهم ولا الدراهم بالدنانير كما لا يباع عليه سائر ماله بالدراهم [2] ولا بالدنانير [2] لأنهما [3] جنسان مختلفان . إلا أنه استحسن ها هنا وأجاز عليه بيع الدنانير بالدراهم والدراهم بالدنانير [3] لإيفاء حق الغريم[4] إذ الدراهم والدنانير يجريان مجرى واحداً في مواضع : منها أنهما جميعاً قيم المستهلكات ويكون القاضي بالخيار أن يقضي على المستهلك بالدراهم أو بالدنانير ، ومنها أنهما جميعاً أثمان الأشياء في جميع الأحوال فيجري كل واحد منهما مجرى صاحبه في كونه ثمناً على كل حال ، ومنها أنهما يجريان مجرى واحداً في باب إيجاب الزكاة بالضم[5] ، ومنها أنهما يجريان مجرى واحداً في المرابحة في بعض المواضع . وكذلك قالوا في المضاربة إذا كان رأس المال دراهم فحصل[6] في يدي المضارب بعد بطلان المضاربة دنانير لم يجز له أن يبيعها ، وصار حصول الدنانير[7] في يده كحصول الدراهم التي هي رأس المال . فإذا جرت الدنانير والدراهم مجرى واحداً في هذه المواضع جوّز أبو حنيفة بيع القاضي على الغريم لأحدهما[8] بالآخر إذ كان هو منصوباً لإيصال ذوي الحقوق إلى حقوقهم . وفي هذا أيضاً حق للطالب[9] .

---

296 (١) ساقط من ل . (٢) ف . والدنانير .

(٣) ساقط من ف .

(٤) في ف هنا : الغرماء إلا أنهم استحسنوا وقالوا .

(٥) أي ضم الدنانير إلى الدراهم لتكميل النصاب . أنظر المبسوط للسرخسي ج ٢ ، ص ١٩٢ .

(٦) ف : تحصل . (٧) ل : دنانير .

(٨) مزيد في ف هنا : به . (٩) ل : المطالب .

297 مسـألة

قال : { فإن ثبت للرجل على رجل مال بمحضر منه إما بإقرار أو ببينة قامت عليه بحضرته ثم غاب المطلوب عن خصمه وامتنع من الحضور // [ل ٧٥ أ] معه فإن القاضى ينصب وكيلا ويحكم عليه بالمال إن سأل ذلك الخصم } . وهذا على قول أبى يوسف على ما قدّمنا أن من مذهبه جواز القضاء على الغائب بالمال الذى قد شهد به الشهود عند القاضى[١] بمحضر منه . وبيّنا وجه قوله فيه وما يتعلق به من خبر النبى صلى الله عليه وسلم وقوله[٢] لعلىّ « لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر »[٣] . وهذا قد سمع عليه الشهادة فينبغى أن يُجوّز عليه القضاء بذلك[٤] السماع . وقد أجبنا عن هذا بأن حال القضاء آكد من حال السماع إذ السماع إنما يُحتاج إليه لأجل القضاء // [ف ٥٦ ب] وكما لا يجوز السماع على الغائب لا يجوز القضاء عليه .

298 فصـل[١]

قال : { وإن سأل الخصم أحجرُ عليه على ما وصفت لك } . وهذا قول أبى يوسف ، يعنى الفصل الأول [٢] وهذا بـيّن على ما فسرنا [٢] .

299 مسـألة

{ وقال أبو يوسف ومحمد ، يبيع القاضى أموال الغريم ويقضى ديونه[١] إذا سأل الخصوم ذلك } لأنهما يريان الحجر عليه ، فإذا حُجر عليه لم يكن بد

---

297 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .
(٣) أنظر ابن حنبل ، ج ١ ص ١١١ . (٤) ل : بدليل .

298 (١) هذا العنوان فى ل فقط . (٢) ف وهو واضح على ما بينا .

299 (١) ل : دونه .

من إيفاء حق غرمائه ، فصار مثل الميت — يجوز للقاضي أن يبيع عليه ماله بالدين .

300 فصل[1]

قال : { وإن باع المحجور[2] عليه من خصمه الذي حُجر عليه له ضيعةً أو عقاراً أو غير ذلك بدَينه[3] الذي وقع عليه الحجر لأجله جاز } لأن الحجر إنما وقع عليه لتحصين هذا الدين [4] والتوثقة له [4] ولم يمنع من قضائه . فإذا كان في ذلك إيفاؤه جاز ، كالمريض إذا كان ماله مستغرَقاً بدَين رجل جاز بيع جميع ماله من ذلك الرجل ، ويجوز قضاؤه منه وإن لم يجز له أن يهبه من آخر . كذلك هذا ، يجوز أن يقضي دين المحجور له ويجوز بيعه منه ، وإن لم يجز [5] له أن يهبه [5] من غيره .

301 فصل

{ ولو كان الحجر وقع عليه لجماعة من الناس في ديون متفرقة ليسوا شركاء فيها فلا يجوز له قضاء بعض الغرماء دون بعض ولا بيعه من بعضهم دون بعض . وكل ما[1] فعله من القضاء من[2] أحدهم فالباقون شركاء فيه وصار ذلك المقضي كهو في يده } كما قلنا في المريض لأن الذي يمنع بيعه لم يكن هو المشتري والمقضي فقط حتى كنا[3] نجيزه بل حقه وحق الغير ، فصار المشتري في حق

300 (١) هذا العنوان مثبت في حاشية ل . (٢) ساقط من ف .
(٣) ساقط من ف . (٤) ل : والوثيقة .
(٥) ساقط من ف .

301 (١) مزيد في ل هنا : من يكون . (٢) ف : مع .
(٣) ل : نكون كذا .

الباقين كواحد من الناس ، وقضاؤه إياه وبيعه منه بمنزلة (٤) بيعه من (٤) الأجنبي في حق الباقين ، فلذلك // [ل ٧٥ ب] لم (٥) يجز .

302 فصـــل

{ ولو استهلك هذا المحجور عليه مالا لإنسان بمعاينة الشهود لزمه ذلك وحاصّ صاحب المال الغرماء الذين حجر عليه القاضي لهم . فما كان في يده من مال فيكون أسوتهم في ذلك { كما قالوا في استهلاك المريض في حال مرضه من مال إنسان — إن صاحب المال وسائر الغرماء أسوة في التركة . كذلك هـــذا ، لأن ضمان الاستهلاك يتعلق به التمليك فصار كالبيع والشراء بمثل القيمة . وهذا مما يدل على صحة مذهب أبي حنيفة في بطلان الحجر ، لأنه لو كان حُجر عليه لتحصين (١) المال الحاصل في يده لأجل الغرماء لوجب أن لا يستحق منه أحد شيئاً غير الغرماء الذين وقع الحجر لهم . فلما جوّزوا (٢) هذا ؟ ومعلوم أن المحجور عليه بهذا يتوصل إلى إبطال حق الغرماء من المال الحاصل في يده كما يُبطل بالإقرار والبيع بأقل من القيمة وغير ذلك . وكذلك قالا في النكاح : إنه يجوز بمهر المثل . والمحجور يقدر أن يتوصل إلى استغراق المال بمهور النساء ، وصارت // [ف ٥٧ أ] النساء كسائر الغرماء في استحقاق المال . فلو كان استغراق الدين بماله يوجب الحجر عليه إذا طلب (٣) الخصم [ذلك] لتحصين (٤) المال الحاصل للطالب بالدين لوجب أن لا يجوز شيء مما ذكرنا ، إذ كان في ذلك إبطال حق الغرماء . فلما صار هذا ونظائره جائزاً (٥) بالاتفاق دل على أنه لا معنى للحجر عليه .

---

(٤) ساقط من ف .

(٥) ساقط من ل .

302 (١) ف : لتحصيل .

(٢) ف جوز

(٣) ل : طالب .

(٤) ف : ليحصل .

(٥) ساقط من ف .

303 قال : { ولو أن القاضى حبس رجلا بدين رجل فأسرف المحبوس فى اتخاذ الطعام ولبس الثياب والكسوة وتزويج النساء فإن القاضى يمسك عليه[١] فى الطعام ويأمر بأن[٢] يُدخَل عليه من ذلك شىء[٣] بالمعروف ليس بالضيق . وكذلك الكسوة . وأما التزويج فإنه يُسقط[٤] من المهر ما فضـلَ على مهر مثل المرأة فى حق الغرماء ، وتُحاصّ المرأة سائر الغرماء فى مهر مثلها ، والفاضل من المهر يلزم الزوج المحجور عليه فيما يكسب من ماله بعد الحجر } . وذلك أن القاضى إنما حجر عليه وحبسه لحق الغرماء فله أن يمنعه من إضاعة المال وإبطال حق الغرماء من المال ، ويجرى عليه النفقة والكسوة بالمعروف الوسط من ذلك . وأما مهر المرأة فلأن مقدار مهر المثل هو قيمة البضع ، والبضع[٥] // [ل ٧٦ أ] له قيمة فى دخوله فى ملك الزوج بدلالة جواز[٦] نكاح المريض على مهر المثل . وقد بينا هذا فى غير موضع . فإذا كان كذلك صار مقدار مهر المثل كشراء السلعة بمثل القيمة فيجوز له ذلك . وأما الفاضل عن مهر المثل فهو بمنزلة الهبة والإقرار فلا يجوز فى حق الغرماء وإن [٧] لزم الزوج [٧] فى نفسه كما قلنا فى المريض .

304 قال : { وكذلك لو اشترى جارية بمعاينة الشهود لم يجز من ذلك إلا ما فيه الحظ له [١] والتوفير عليه فى هذا المال [١] ، وثمنها بينهم وبين البائع أيضاً } . قال الشيخ : يعنى إذا قبض المحجور عليه الجارية ولم[٢] يدفع الثمن إلى بائعها [٣] حتى جاء الغرماء ، وكان من القصة ما كان ، فجعل القاضى البائع [٣]

---

303 (١) ف : عنه .
(٢) ف : لمن .
(٣) فى الأصل : شيئا .
(٤) ساقط من ف .
(٥) ساقط من ف .
(٦) ساقط من ف .
(٧) ل : لزمه للزواج .

304 (١) ف : ويكون عليه هذا المال .
(٢) ف : وليس له أن .
(٣) قبل مجىء الغرماء ويكون للبائع .

أسوة لغرمائه فى جميع ما فى يده ، ولا يجعل البائع أولى من غيره فى استحقاق مقدار الثمن عليه ، بل هو وغيره من الغرماء سواء . قال : { ولو كان المحجور عليه قد قضى البائع ثمن الجارية كان[٤] قضاؤه جائزاً لأنه ليس فيه إبطال حق الغرماء إذ قد حصل فى ملكه[٥] مقدار ما قد قضى إلى البائع من الثمن[٦] } . قال الشيخ : اللهم إلا أن تكون الجارية هالكة فيكون للغرماء أن يتبعوا البائع بما اقتضاه من الثمن فيشاركونه فيه إن كان ما فى يدى المحجور عليه ليس يفى بديونهم كما قالوا فى المريض . وأما الزيادة التى فضلت من الثمن على قيمة الجارية فهى باطلة لأن شراءه لا يجوز . وكذلك البيع[٧] إلا بمثل قيمته[٨] لأن فيه إبطال حق الغرماء ، فلا يجوز له أن يفعله ، كما قالوا فى تصرف المريض إذا كان عليه دين يحيط بماله .

305 باب حجر الفساد[١] //[ف ٥٧ ب]

قال الخصاف : { قال أبو حنيفة رحمه الله : الحجر على الحر باطل . وهذا صحيح من مذهب أبى حنيفة لا نعرف عنه خلافاً فى هذا ، سواء كان الحجر لأجل السفه أو التبذير أو الإفلاس . وعند أبى يوسف ومحمد جاز الحجر [٢] على الحر[٢] فى هذه الوجوه [٣] الثلاثة كلها[٣] } . أما المفلس فحكمه ما بيّنا من الخلاف ووجه قولهم . وأما التبذير فهو أن لا يعرف الرجل التصرف فيَتَحَيَّن[٤] فيه . وأما السفه فهو أن يُفسد ماله ويسرف فيه ويضيعه بما

---

(٤) ل : وكان .
(٥) ساقط من ل .
(٦) ف : ثمن الجارية .
(٧) ، : للبيع .
(٨) ف : القيمة .

305 (١) ل : السفيه .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ل : الثلاث .
(٤) أى يغبن له ما يسمح له بإنفاقه .

لا ينبغى له أن يفعله مع معرفته // [ل ٧٦ ب] بالتصرف وقدرته على ضبطه[٥] فللقاضى أن يحجر عليه ويمنعه من التصرف عندهما ، ولا يجوز ذلك عند أبى حنيفة . ووجه قوله ما بيّنا فى الإفلاس من جهة الكتاب والنظر ، ووجه قولهما قوله تعالى ﴿ فإن كانَ الذى عَليْهِ الحقُّ سَفيهاً أو ضَعيفاً أو لا يَستَطِيعُ أن يُمِلَّ هُوَ ﴾ الآية[٦] . فأخبر الله تعالى أن من كان سفيهاً أو ضعيفاً [٧] فى التصرف [٧] فلا يحسن الإملاء[٨] يتولى ذلك وليه . ولا يجوز للولىّ أن يتولى مع بقاء ولايته . فلما أجاز الله تعالى ولاية الولى عليه دلّ على أنه لا يملك التصرف فى ماله . وهذا لا يكون إلا محجوراً عليه . ويحتجان أيضاً بالخبر المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم[٩] أن رجلا كان فى عُقدته ضعف فجاءوا به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله ، احجر عليه فإن فى[١٠] عقدته ضعفاً . فحجر عليه . فقال : يا رسول الله ، إنى لا أصبر عن[١١] البيع . فقال النبي عليه السلام « إذا بعت فقل: لا خِلابة »[١٢] أى لا تغابن . فلما حجر النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك الرجل لأجل التبذير كان لنا أن نحجر على المبذر . والجواب عن الآية أن نفس الآية تدل على صحة مذهب أبى حنيفة ، وذلك أن الله تعالى أجاز مداينة السفيه والضعيف الذى

---

(٥) ل : التصرف . (٦) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٢ .

(٧) ساقط من ل

(٨) أى أن يملى على الكاتب بما عليه من دين لرب المال . أنظر تفسير الآية فى تفسير الطبرى ، ج ٦ ص ٥٧ .

(٩) مكرر فى ل هنا خطأ : دل على أنه لا يملك التصرف .

(١٠) ساقط من ل . (١١) ل : على .

(١٢) قارن ابن حنبل ، ج ٣ ، ص ٢١٧ حيث الحديث « إن كنت غير تارك البيع فقل هو ها ولا خلابة ولا ها لا خلابة » . وفى أبى داود ، بيوع ٦٦ « إن كنت غير تارك البيع فقل هاءَ وهاءَ ولا خلابة » .

لا يستطيع أن يُمل [١٣] بقوله ﴿ يا أيها الذينَ آمنوا إذا تدايدتُم بدَيْن إلى أجَل مُسمًّى ﴾ ثم عطف عليه قوله ﴿ فإن كان الذى عَليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً ﴾ الآية [١٤] . ولو كان السفه يوجب الحجر على الحرّ لمـَا أجاز عقد مداينة السفيه كما لا يجوز عقد [١٥] مداينة المجنون. فلما أثبت الله تعالى عقد مداينة السفيه دلّ على أن الآية لا توجب الحجر . وأيضاً فإن الله تعالى جمع فى الآية السفيه والضعيف والعاجز عن الإملاء ، ثم عطف عليـــه قوله ﴿ فلْيُملِـلْ وَليُّـهُ بالعَـدْل ﴾ فنحن نقول إن المعطوف معطوف على العاجز عن الإملاء دون السفيه والضعيف ، وأراد به أن الذى عليه الحق إذا كان عاجزاً عن إملاء الشرط يُمْـلى وليُّـه الشرط . وقال المخالف فى هذا لأبى حنيفة : هو معطوف على السفيه والعاجز والضعيف جميعاً ، فعليه إقامة // [ل ٧٧ أ] الدلالة على صحة دعواه أن // [ف ٥٨ أ] المعطوف راجع إلى جميع المذكورين فى الآية : على أنه لو ثبت أن المراد بالمعطوف جميع المذكورين لم يكن [١٦] فى ذلك [١٦] دلالة على خلاف ما ذهب إليـه أبو حنيفة . وذلك أن الهاء فى قوله وليه يُحتمل أن تكون كناية عن ولىّ العقد ويحتمل أن تكون كناية عن ولى الذى عليه الحق . فإذا احتُـمل الأمران [١٧] لم يكن لهما [١٨] دلالة فى ظاهر الآية ولم [١٩] [يكونا] [٢٠] بها أولى بصرفها إلى ولى الذى عليه الحق من أبى حنيفة بصرفه إلى ولى العقد . وصار كأنه قال : فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً وضعيفاً [٢١] ولا يحسن أن يملل فليملل ولى العقد ، وهو الذى له الحق بالعدل . وإذا كان كذلك سقط احتجاج أبى يوسف ومحمـد . فظاهر الآية لأبى حنيفة .

---

(١٣) ل : يملك .

(١٤) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٢ .

(١٥) ساقط من ل .

(١٦) ل : فيه .

(١٧) فى الأصل : الأمرين .

(١٨) ل : فيه .

(١٩) ف : وأن .

(٢٠) فى ل ، ف : يكون .

(٢١) ساقط من ف .

306 والجواب عن (١ الخبر فهو أن الخبر ١) يدل أيضاً على إبطال الحجر على الحر البالغ . وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قال له الرجل : إنى لا أصبر عن البيع ، لم يمنعه من البيع وأجاز بيعه وإن كان قال له « قل لا خِلابة » . ولو كان (٢ تصرفه غير جائز ٢) لم يطلقه النبي صلى الله عليه وسلم فى التصرف لأجل أنه لا يصبر عن البيع كما لا يطلق المجنون والصبى الذى لا يحسن أن يتصرف فى المال . فلما أطلقه[٣] دل على أنه لم يحجر عليه حجراً يمنع التصرف وإنما قال له : لا تبعْ ، على وجه الرفق به والشفقة عليه لا على وجه المنع من التصرف .

307 {وقال أبو حنيفة : وإن كان الرجل غير رشيد ولم يبلغ خمساً وعشرين سنة لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة . وعندهما لا يدفعه إليه بعد خمس وعشرين (١ سنة أيضاً ١) حتى يؤنس منه الرشد} ، لأبى حنيفة فى منع المال عنه قبل خمس وعشرين سنة قوله تعالى ﴿ فإنْ آنستم منهُم رُشداً فادفعُوا إليهِم أموالهم ﴾[٢] وهذا لم يؤنس منه الرشد فلا يستحق أخذ المال . وهذا العموم يتناول جميع أحواله إلا فى موضع تقوم الدلالة عليه[٣] . وهذا اعتماد أبى يوسف ومحمد ، وحجتهما على أبى حنيفة بعد خمس وعشرين سنة . وأما بعد (٤ خمس وعشرين سنة ٤) فإنما يستحق أخذ ماله وإن كان غير رشيد لقوله تعالى ﴿ ولا تقربوا // [ل ٧٧ ب] مالَ اليتيم إلا بالتى هىَ أحسنُ حتى يَبلغَ أشُدَّهُ ﴾[٥] والأشد عند أبى حنيفة خمس وعشرون سنة وإن كان قد قيل : أربعون سنة . وقيل دون[٦]

---

306 (١) ل : الحديث فهو . (٢) ف : هذا لا يجوز تصرفه .
(٣) مزيد فى ف : النبى صلى الله عليه وسلم فى التصرف .

307 (١) ساقط من ل . (٢) سورة النساء ، ٤ : ٦ .
(٣) ساقط من ل . (٤) ساقط من ل .
(٥) سورة الأنعام ، ٦ : ١٥٢ . (٦) ساقط من ل .

خمس وعشرين سنة فإنه قد صح عنده أن بلوغ الأشد خمس وعشرون سنة ، وإذا كان كذلك وجب أن يستحق أخذ ماله إذا بلغ هذا المبلغ بهذه[٧] الآية وإن لم يؤنس منه الرشد . وإذا أُونس[٨] منه الرشد استحق أخذ ماله قبل[٩] هذا المبلغ بقوله ﴿ فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ // [ف ٥٨ ب] حتى نكون مستعملين للآيتين جميعاً . فإن قيل : فما الدليل على أن[١٠] بلوغ الأشد خمس وعشرون سنة حتى تصح المسئلة ؟ قيل له : الكلام فى هذا خارج عن مسئلتنا إذ كانت فى أنه لم يستحق أخذ ماله بعد خمس وعشرين سنة وهذه المسئلة[١١] فى أنه لم يكن بلوغ الأشد خمساً وعشرين سنة . فإذا كان كذلك سَلِمَ لنا حِجاجُ [ال] مسئلة الأولى[١٣] والدليل[١٢] أن الرجل قد يكون جدّاً لخمس وعشرين سنة ، وغير جائز أن يكون جدّاً وهو لم يبلغ الأشد فيكون فى حد الصغر لاستحالة اجتماع حد الشيخوخة وحد الصغر . وإنما قلنا إنه يجوز أن يكون جداً لخمس وعشرين سنة لأن أقل ما يبلغ فيه الرجل إثنتا عشرة سنة ، وأقل الحمل ستة أشهر . فإن كان كذلك يُحتمل أن يبلغ هو عند استكمال الإثنتى عشرة وقد تزوج امرأة فدخل بها فتلد امرأته لستة أشهر . ويبلغ ولده فى اثنتى عشرة سنة أيضاً ويتزوج امرأة ويدخل بها فتلد أيضاً لستة أشهر . فذلك كمال خمس وعشرين سنة . فبان لك هذا واتضح[١٣] .

308 فصـــل

{ فإن باع هذا المحجور عليه أو اشترى نظر الحاكم فى ذلك ، فإن كانت

---

(٧) ل : فبهذه .
(٨) ل : أنس .
(٩) ل : فن .
(١٠) ساقط من ل .
(١١) ساقط من ل .
(١٢) مزيد هنا : على .
(١٣) هذه الفقرة ساقطة من ف ، ج .

إجازته خيراً له أجاز[1] ذلك إذا كان فى ذلك توفير عليه وزيادة لماله ، وإن كان ردُّ ذلك خيراً له رده { . وهذا على قولها[2] لأن القاضى إنما حجر عليه لئلا يتلف ماله . فإذا كان فى تصرفه خير[3] له لم يُبطل عليه ، وإن كان شر[4] له أبطله .

309 قال : { والمفسد لماله والذى لم يبلغ سواء إلا فى أشياء . أما هذا الذى بلغ فإنه // [ل ٧٨ أ] يخرج من ولاية الوصى عليه ولا يجوز أمر الوصى عليه فى شىء . وإن أعتق مملوكاً جاز عتقه ويسعى المعتق فى قيمته له . وكذلك إذا دبّر[1] جاز تدبيره . فإن مات المعتِق غير رشيد سعى المدبَّر فى جميع قيمته . وتجوز وصاياه فيما يتقرب بها إلى الله تعالى { من قِبل أن الذى[2] أوجب عليه الحجر كونه[3] مفسداً للمال فيُحجر عليه لئلا يبقى مفلساً فيحتاج أن يسأل الناس . ومعنى الإفساد والاحتياج إلى السؤال معدوم بعد موته ، فيجوز تصرفه بعد موته من الثلث وهو القدر الذى يحكم له بالملك بعد الموت . وأما العبد المدبَّر فإنه[4] يسعى فى قيمته وإن كان تدبيره وصية لأن حكم التدبير قد استقر فيه قبل موت المحجور عليه . ألا ترى أنه لا يصح الرجوع فيه ؟ فإذا كان كذلك صار مثل العتق فيلزمه السعاية . وإنما يسعى فى قيمته مدبَّراً ولم يسع فى قيمته عبداً غير مُدَبر[5] لأن المدبَّر لا يحصل فى يد نفسه إلا بعد موت المدبِّر . فإذا كان كذلك حصل المدبَّر فى يد نفسه وقيمة رقبته ناقصة بالتدبير ، فلا يجب عليه قيمة رقبته غير مدبرة .

---

308 (١) ف : جاز . (٢) ل : قولهم .
(٣) فى الأصل : خيرا . (٤) فى الأصل شراً .

309 (١) مزيد فى ف هنا : جارية . (٢) ف : الله .
(٣) ف : بكونه . (٤) ل : فإنما .
(٥) مزيد فى ل هنا : وذلك .

310 فصـــل

{ولو طلّق وقع الطلاق على امرأته} لأن هذا مكلّف لم يزُل عنه التكليف بالحجر فيلزمه حكم قوله فى هذه العقود كلها ، إلا أنه يَبطل من العقود وغيره ما يلحقه الفسخ بالإقالة لكونه محجوراً ، فصار كأن القاضى أبطله بعد إثباته . ولا يبطل ما لا يلحقه الفسخ لأن القاضى لو قصد إلى إبطاله بعد ثبوته لم يكن له أن يبطله . فلذلك لا يبطل بالحجر ، وذلك مثل الطلاق والعتاق والتدبير [٠] والاستيلاد والنسب[١] والنكاح مثل هذا قياساً على هذه العقود وإن كان ما[٢] يلحقه فسخ[٣] القاضى لأنه لا ينفسخ بالإقالة ، فصار مثل// [ف ٥٩أ] ما ذكرنا من المعانى التى لا يلحقها الفسخ . والعلة[٤] منع الفسخ فيه بالإقالة والردّ بالعيب .

311 فصـــل

قال : { ولو حنث فى يمين أجزاه الصوم ولم يكن له أن يكفّر من ماله . ولو ظاهر كان عليه الصوم . وإن أعتق عن الظهار // [ل ٧٨ ب] عبدا جاز العتق ولم يجز عن الكفارة . وكذلك كفارة القتل } وذلك لأن هذا محكوم بإبطال التصرف فى ماله فصار كلا مالك فيما يلزمه نفسه كالإقرار بالمال[١] للغير — إنه لا يجوز عليه لأنه بقوله أراد إثباته . فكذلك الكفارة والنذر مثل هذا . وكما قلنا فى الهبة والصدقة — إنه لا[٢] يجوز عليه . [٣] فكذلك

---

310 (١) ساقط من ف . (٢) ل : ما .

(٣) مزيد فى ل هنا : العقود و . . . .

(٤) ف : والمعنى الجامع بينهما .

311 (١) ل : بالملك .

(٢) ساقط من ف ، ج ولعل المثبت هو الصواب .

لأ يجوز العتق [٣] ولا الإطعام وإنما عليه الصيام فى ذلك كله . كالعبد إذا أذن له مولاه فى الحج يلزمه الفدية من طعام أو صيام — إن عليه الصيام دون الإطعام . وكالعبد إذا حنث أو ظاهر من امرأته — إن عليه الصوم ولا يجوز [٤] عنه العتق [٤] . كذلك هذا مثله . وأيضاً فإن هذا لمّا كان ممنوعاً من التصرف فى ماله صار ماله كالغائب ، فيصوم عن الكفارة ، كابن السبيل لما كان ماله غائباً عنه جاز أن يصوم عن الكفارة فى اليمين . وأما العتق فإنما لم يجز عن الظهار والكفارة لأن العبد يلزمه السعاية بالعتق فصار كالعتق على مال ، [٥]ولو أعتق على مال[٥] لا يجزى عن الكفارة . كذلك هذا . وأما حجة الإسلام وزكاة الأموال فلا تسقط عنه ويلزمه لأن لزومه لم يكن من جهته وإنما هو من جهة الله تعالى فلا يبطل حكمه بالحجر . وأما ما لزمه فى الحج من كفارة وجناية فلا يجوز فيه غير الصوم كالعبد لأن لزومه ذلك أيضاً من جهته فصار مثل هبة يهبها هو .

312 قال : { والمرأة المفسدة فى هذا كالرجل } لأن المعنى الذى يوجب الحجر على الرجل موجود فى المرأة ، وهو الإسراف والتبذير ، فلا فرق بينهما .

313 قال الشيخ : والقاضى إنما يحجر على المفسد لماله لكى لا يفتقر فيسأل الناس فيتأذون [١] بسؤاله إياهم [١] . ويحتمل أن يكون حجر عليه لأجل أنه إذا افتقر ولا يكون قادراً على الكسب ولا أحد ينفق عليه يلزمه النفقة من بيت المال ، فللإمام أن يمنعه من ذلك لئلا يؤدّى إسرافه إلى استحقاق النفقة من بيت المال .

---

(٣) ل : لأنه بفعله فلا يجوز فيه العتق .

(٤) ف : عتق العبد .   (٥) ساقط من ف .

313 (١) ف : به .

314 مســـــألة

قال الخصاف : { قال محمد : إذا بلغ الغلام مبلغ // [ل ٧٩ أ] الرجال وهو مفسد غير مصلح فهو محجور عليه ، حجر القاضى عليه أو لم يحجر } . ولم يذكر قول أبى يوسف . وعند أبى يوسف لا يكون محجوراً عليه حتى يحجر عليه[١] القاضى . والأصل فى هذا أن أبا يوسف ومحمد قد اتفقا جميعاً أن // [ف ٥٩ ب] المفلس لا يصير محجوراً عليه بنفس الإفلاس ، والمريض يكون محجوراً عليه بالمرض عند الجميع . فقاس أبو يوسف مسئلتنا على الحجر بالإفلاس لكونهما مكلّفين فى حقوق الله تعالى . ومحمد قاسها على حجر المريض لوجود السبب الموجب للحجر وهو الإفساد فى المال ها هنا والمرض[٢] فى مسئلة المريض . والجواب عن هذا لأبى يوسف أن المريض ليس محجوراً عليه فى حال المرض وإنما يصير محجوراً عليه بالموت . ألا ترى أنه لو بَرأ من المرض جاز جميع تصرفه ؟ فقد علمت أن المرض لم يوجب الحجر ولا يصير به محجوراً ويكون تصرفه موقوفاً على الموت . فإن مات صار[٣] تصرفه مثل تصرف وصى الميت فيما أُوصِى إليه به . فإذا كان كذلك[٤] لم يجز لمحمد قياس مسئلتنا على مسئلة المريض وجاز لأبى يوسف قياسها على مسئلة حجر الإفلاس . وأما فرْقُ محمد بين مسئلتنا وبين مسئلة الإفلاس[٤] أن الإفلاس إنما هو حكم من الحاكم ، ألا ترى أنه يأمره بأداء حق الطالب فإن امتنع من ذلك حينئذ حجر عليه ويمنعه من التصرف فى ماله ويحكم بالإفلاس إن كان ماله[٥] مستغرَقاً بدينه ؟ وليس كذلك حجرُ المفسد لأن الإفساد فى المال حاصل حَكم عليه الحاكم أو لم يحكم ؟ فالمعنى الموجب للحجر[٦] ، وهو الإفساد ، حاصل ،

---

314 (١) ساقط من ف . (٢) ف : والمريض .

(٣) ف : جاز .

(٤) ف : صح ما قاله أبو يوسف . وفرق بينهما فقال .

(٥) ساقط من ف . (٦) ساقط من ل .

فينبغى أن يصير[٧] محجوراً عليـه بنفس الإفساد[٨] . [١٠] والأخبار المروية تشهد لأبى يوسف على محمد إذا لم نحملها على مُوافـَق مذهب أبى حنيفة . وذلك أن الرجل الذى أتى إلى النبى صلى الله عليه وسلم وكان فى عقدته ضعف فقيل للنبى صلى الله عليه وسلم فى حجره فحجر عليه رسول الله صلى الله عليـه وسلم[٩] . فلو كان الإفساد نفسه صار حجراً لم يكن يحجر رسول الله صلى الله عليه وسلم على الرجل ، بمعنى بل كان يقول : أنت قد صرت محجوراً عليه بالإسراف // [ل ٧٩ ب] وكذلك خبر علىّ رضى الله عنه مع عبد الله ابن جعفر . لو كان الإسراف حجراً لمـا أمر علىّ رضى الله عنه عثمان بن عفان بحجره على عبد الله ، فبان [١٠] .

315 مســـئلة

قال : { ولو أن القاضى أمر هذا المفسد[١] بعد الحجر عليه أن يبيع شيئاً من ماله ويشترى ، فباع واشترى وقبض الثمن ، جاز جميع ما صنع من ذلك وكان أمر القاضى إخراجاً له من الحجر . فإن وهب[٢] أو تصدق لم يجز ذلك } . أما إطلاقه عن الحجر بأمره بالشراء والبيع [٣] فـكما قلنا فى العبد المأذون والصبىّ المأذون إذا أمر المولى أو الأب واحداً منهما بالشراء والبيع[٣] كان إذناً[٤] فى التصرف . كذلك هذا . وأما بطلان هبته وصدقته فلأن إطلاقه عن الحجر إنما جوّز له التصرف[٥] فى التجارة ولم يوجب جواز الهبة والصدقة كما قلنا فى إذن العبد والصبى . [٦] فإن قيل : لمـا كان المانع من الهبة

---

(٧) ل : مصيرا .　　(٨) يعنى هذا قول محمد وحجته .

(٩) أنظر هذا الخبر فى فقرة 305 .　　(١٠) ساقط من ف .

315 (١) ساقط من ل .　　(٢) مزيد فى ف هنا : له .

(٣) ساقط من ل .　　(٤) ل : اذنى .

(٥) هنا يوجد عدة كلمات مكررة فى ل .

والصدقة فى مسئلتنا هو الحجر ، والحجر قد ارتفع بإطلاق القاضى فلم لا تجوز الهبة والصدقة ؟ قيل له : مِن قِبل أن هذا الإطلاق إنما أوجب له الإذن فى التجارة ولم يوجب أكثر من ذلك إذ كان المعنى الموجب للحجر موجوداً ، وإنما أذن له فى التصرف بهذا الإطلاق لمنفعته . فلو كان ذلك موجباً لجواز هبته وصدقته لم يكن فى ذلك حفظ لماله [٦] . قال : { ولو أمره القاضى ببيع عبد له بعينه أو شىء بعينه لم يكن هذا إخراجاً له من الحجر { كما قلنا فى المأذون إنه لا يكون بذلك مأذوناً فى التصرف .

316 مســـئلة [١]

قال : { ولو قال له : قد أذنت لك فى التجارة بمحضر من أهل سوقه ولا أجيز عليك من ذلك إلا ما كان بمعاينة من الشهود . فأما ما كان من إقرار لم أُجِزه ، فهو كما قال القاضى } . فلا يجوز إقراره ولا ما يتصرف [به] من غير معاينة الشهود . ولا يشبه هذا المأذون من قِبل أن القاضى حجر عليه لاستفساده فى ماله لا لمعنى غير ذلك فله [٢] أن يمنعه [٢] مما يوجب الاستفساد فى المال [٣] من الإقرار وغير ذلك ، ولا يمنعه مما يوجب الاستصلاح فى المال [٣] . وأما العبد والصبى فلم يكن الحجر عليهما // [ل ٨٠ أ] لأجل الاستفساد وإنما كان الصبى محجوراً // [ف ٦٠ أ] لأنه غير مكلف فلا يكون قوله قولا فيما يتعلق به من الأحكام . وكذلك العبد لا يكون قوله قولا فيما يلزم المولى فإذا أذن له [٥] فى بعض التجارات صار قوله قولا صحيحاً [٤] فلا يختص بعض التجارات دون بعض [٥] .

---

(٦) ساقط من ف .

316 (١) هذا العنوان فى ل فقط .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ساقط من ف .
(٤) فى الأصل ، أى ف : قول صحيح .
(٥) النص مضطرب فى ل وهو هذا : فيما فى بعض بلوغ الصبى وعتق العبد لما كان كذلك المعنى يوجب زوال الحجر عنهما له مولاه أو أبوه .

317 قال : { ولو أن غلاماً أدرك وهو مصلح لماله فاتجر فى ماله وأقر بديون ووهب وتصدق ثم أفسد بعد ذلك وصار إلى حال من يستحق الحجر جاز ما صنع من ذلك فى حال الصلاح } . وأما فعله فى حال الفساد — يعنى أن القاضى إذا رفع إليه أمره أجاز[1] ما صنع فى حال الصلاح ويُبطل[2] ما صنعه فى حال الفساد ، لأن التصرف فى حال الفساد لم يصح على قول أبى يوسف . بل تصرفه واقع[3] . إلا أن القاضى ينظر فيه فما كان ردُّه خيراً له ردَّه وما كان إمضاؤه خيراً له أمضاه . وأما ما صنعه فى حال الصلاح فهو ماض ليس لأحد عليه الاعتراض . وأما على قول محمد فما صنعه فى حال الفساد باطل لأنه يصير محجوراً عليه بنفس الإفساد عنده فلا يجوز تصرفه بعد ذلك .

318 قال : { والفساد الذى يستحق الحجر كل من كان مفسداً لماله مضيعاً لا يبالى بما صنع به ، سواء كان ذلك الإسراف فى المال فى الفجور والملاهى أو فى غير ذلك من الإسراف والتبذير . فأما من كان فاسداً فى دينه فاجراً فى نفسه إلا أنه حافظ[1] لماله لم يستحق الحجر } لأن الحجر وجب ها هنا لأجل تلف المال لا لغير ذلك ، فلا يحجر على غير متلف لماله على وجه السفه والتبذير .

319 قال : { ولو أن قاضياً حجر على رجل مسلم مفسد لماله فجاء قاض آخر فأطلق عن حجره وأجاز ما صنع فى ماله قبل الإطلاق فهو جائز ، إلا أن تكون عقوداً رُفعت[1] إلى القاضى المعزول فأبطلها فلا يجوز للثانى

---

317 (١) ف : جاز . (٢) ف : بطل .
(٣) المعنى هنا غير واضح . ولعله أراد : ولكن تصرفه واقع .

318 (١) ف . كان حافظاً .

319 (١) ل : ارتفعت .

أن يجيزها ويُبطل حكم الأول { . وذلك لأن ما لم يبطله القاضى الأول من التصرف كان موقوفاً لم يجر عليه الحكم بالجواز ولا بالبطلان[٢] ، فللثانى أن يجيزه إذا كان ذلك قِبَلهُ[٣] الاجتهاد وأدى اجتهاده إلى جوازه ولم يكن فى ذلك إبطال حكم . وأما ما أبطله الأول فإنما لم يجز للثانى إنفاذه لأن القاضى الأول قد حكم بإبطاله فى موضع // [ل ٨٠ ب] يسوغ الاجتهاد فيه[٤] إذ كانت[٥] مسئلة الحجر مما يسوغ فيها[٦] الاجتهاد . فلا يجوز لأحد أن يتعقبه[٧] بإبطال ذلك الحكم بالاجتهاد كما أن الصلاة إذ أدّيت باجتهاد لا يجوز أن تبطل باجتهاد .

320 قال : { فإن لم ينفذ هذا الثانى قضاء الأول بإبطال تصرف المحجور عليه وأجاز تصرفه ثم جاء قاض آخر فإن القاضى الثالث ينبغى أن ينفذ حكم الأول بإبطال العقود التى أبطلها ، ويُبطل حكم // [ف ٦٠ ب] [١] الثانى { لأن حكم الأول قد وقع باجتهاد منه فى موضع يسوّغ له الاجتهاد[١] فيكون صحيحاً وحكم الثانى كان فاسداً لأنه حكم بما لا يسوغ فيه الاجتهاد إذ ليس بين الناس خلاف أنّ حُكم الحاكم إذا وقع باجتهاد فى موضع يسوغ [٢] الاجتهاد فيه[٢] لا يُنقض أبداً .

321 قال : { فإن باع هذا المفسد المحجور عليه شيئاً من ماله وقبض ثمنه لم يكن للذى دفع إليه المال أن يرجع عليه[١] بماله { . كذا قال الخصاف ، ولم يبين أن المبيع هو فى يدى المشترى أو فى يدى البائع [٢] المفسد ، أو هو قائم[٢]

---

(٢) ف : بالإبطال .

(٣) ف ، ج : مسئلة . وفى ل : مسله . والقبل هو الطاقة .

(٤) ساقط من ف .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ف .

(٧) ساقط من ل .

320 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ف .

321 (١) ف : إليه .

(٢) ف : لا بنفسه .

أو هالك ، وأن الثمن[٣] فى يدى البائع أو لا . وقال محمد فى كتاب الحجر[٤] فى المفسد لماله[٥] إذا باع شيئاً ببينة ثم رفع ذلك إلى القاضى نظر فيه فإن رأى ما باع رغبة[٦] أجاز[ه] إن كان الثمن قائماً وإن كان ضاع فى يده لم يجزه القاضى . قال : لأنه إذا أجازه جاز قبضه الثمن . قال : وكذلك لو كان قبض الثمن بدفع المشترى إليه[٧] واستهلكه بين يدى الشهود فإنه يُنقض بيعه ولا يلزم المحجوز عليه شىء من الثمن . قال : فإن كان المحجور عليه حين قبض[٨] الثمن أنفقه على نفسه نفقة مثله فى مثل تلك المدة ، أو حج به حجة الإسلام أو أدى منه زكاة ماله ، ثم[٩] رُفع إلى القاضى ، نظر فيه ، فإن كان البيع رغبة أو كانت قيمته مثل الثمن الذى أخذه أجاز البيع وأبرأ المشترى من الثمن ، وإن كان فيه محاباة فأبطله القاضى لم يبطل الثمن عن[١٠] المحجور عليه ، ولكن القاضى يقضيه[١١] من ماله .

322 فبين محمد بهذا أن الثمن إذا كان مستهلكاً بما[١] يجوز للمحجور عليه أن يفعله كالإنفاق على نفسه بنفقة مثله وكأداء الحج به وأداء الزكاة وكأداء مهر المرأة إن قبضه للثمن قبض صحيح[٢] ، وعلى القاضى أن يرد على المشترى

---

(٣) ل : لام قائم .

(٤) لعل هذا الكتاب هو ما احتواه كتاب المبسوط للسرخسى ، ج ٢٤ ، ص ١٠٦ — ١٨٤ .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ف ، ج . وفى المبسوط ، ج ٢٤ ، ص ١٧٥ : فإن رأى ما باع به رغبة أجازه . ومعنى الرغبة هو أقصى ما يستطيع البائع أن يناله كعوض للمبيع . أنظر قاموس فنيان .

(٧) أى إلى المشترى .

(٨) ف : أخذ .

(٩) ف : يوم .

(١٠) ف : على .

(١١) ل : يقبضه .

322 (١) ل : إنما .

(٢) فى الأصل : قبضا صحيحا .

مثله من مال المحجور عليه إن أبطل البيع لأجل المحاباة ، وإن أجاز البيع لرغبة فيه لم يلزم المشترى // [ل ٨١أ] ثمن آخر غير ما نقده للمحجور علية . وهذا بيّن على ما قاله لأنه ليس فى ذلك إفساد لماله إذ الحج لازم له ، وكذلك الزكاة ومهر المرأة ونفقة مثله . فإذا فعل ما يستحقه ولم يكن [٣] القاضى منعه منه [٣] صار فى ذلك مثل غير المحجور . ويجوز له استقراضه لذلك لأنه[٤] جاز قبض الثمن وإنفاقه على ذلك الوجه . وأما إذا لم ينفقه على الوجه الذى بيّنا ولكنه استهلكه على وجه الإفساد فإنه قال : ينبغى أن يُبطل القاضى بيعه وإن لم يكن فيه محاباة للمشترى . قال : لأنه لو أجاز له[٥] البيع جاز قبضه الثمن ، إذ لا يلزمه من ضمان الثمن شىء . قال : وكذلك لو قبضه واستهلكه بمحضر من الشهود لم يلزمه ضمانه . قال : // [ف ٦١ أ] وإن كان الثمن قائماً بعينه وكان فى البيع رغبة[٦] أجازه من قِبل أنه لا يلزمه ضمان الثمن الذى هو[٧] قيمة المبيع[٨] الحاصل فى يده . ولم يذكر إذا كان فيه محاباة المشترى والثمن مستهلك على وجه الإفساد كيف يكون حكمه . ينبغى أن لا يضمن شيئاً إذا أبطل القاضى بيعه كما قلنا فى غير المحاباة . فصار تحصيل هذا أن المحجور إذا قبض الثمن واستهلكه على الوجه الذى له فِعله كالنفقة فى الحج والزكاة والمهر كان قبضه قبضاً صحيحاً . فإن أجاز القاضى البيع لم يجب على المشترى غير ما نقده إلى المحجور عليه من الثمن . وإن أبطل القاضى البيع ففى ماله مثل ما قبض من الثمن . وقد بيّنا وجه هذا . وإن كان استهلاكه على غير الوجه الذى بيّنا ، وكان فى البيع محاباة أو لم يكن ، فإن قبضه الثمن باطل وليس عليه شىء مما استهلكه من الثمن ، ولا للقاضى أن يجيز البيع كان فيه محاباة أو لم

---

(٣) ف : القاضى منعه . (٤) ف : كذلك .

(٥) ساقط من ف . (٦) ف : عنه .

(٧) مزيد هنا فى ف ، ج : أكثر من .

(٨) من هنا إلى ملاحظة ١١ ساقط من ف ، ج .

يكن) . وينبغى أن يكون هذا على قول محمد خاصّة . فأما على قول أبى يوسف فينبغى أن يضمن مثل ما قبض من الثمن كما قال فى استقراض الصبى من البالغ الحر . إن الصبى لا يضمن ما استهلك من القرض عند محمد ، وهو قول أبى حنيفة . وعند أبى يوسف يضمن . كذلك هذا ينبغى أن يكون على ذلك الخلاف الذى بين أبى يوسف ومحمد . وعلى قول أبى حنيفة هو مثل غير المحجور عليه يجوز تصرفه لأن الحجر عليه باطل. ووجه قول محمد فى مسئلة القرض ، وهو قول أبى حنيفة ، أنّ قول الصبى كلا قول إذا كان محجوراً . فصار كأنه قبض المال المستقرض ولم يضمن له رد مثله ، فلا ضمان عليه إذ قد سلّطه القرض على استهلاكه // [ل ٨١ ب] لأن القرض يوجب التمليك وجواز التصرف فيه . وإذا كان القرض قد سلط الصبى على استهلاكه ولم يكن من الصبى قول يوجب ضمان مثله ، إذ قوله كلا قول ، لم يلزم الصبى شىء . كرجل دفع مالا إلى صبى [قاصر][9] وأمره بالإنفاق على نفسه من غير إيجاب الضمان عليه فلا يجب على المدفوع [له] شىء للدافع ، فإذا صح هذا فى مسئلة القرض بنى محمد هذه المسئلة على تلك لأن قول المحجور عليه كلا قول فيما يلزمه من الضمان فى ماله . وقد وجد من المشترى تسليطه على الثمن . وإذا استهلكه بأمره من غير إيجاب قول يوجب الضمان عليه لم يلزمه شىء . وعند أبى يوسف : لما كان الصبى ضامناً لِما استهلكه على وجه القرض كذلك هذا ، ما استهلكه على وجه البيع يكون ضامناً إذ الدافع لم يوجب تسليطه عليه إلا على وجه البدل . فإذا لم يحصل له البدل رجع عليه بالمدفوع . وأما إذا كان الثمن قائماً بعينه فإن المشترى يأخذه متى ما أبطل القاضى البيع . وإن أجاز القاضى البيع سلمّ القاضى المبيع للمشترى وسلم الثمن للمحجور عليه ، لأن العقد إذا ارتفع عاد ملك[10] كل واحد منهما أن يرجع على صاحبه بما قبضه

---

(٩) فى ل فقط : أو طير .   (١٠) يعني مقدرة .

منه . فهذه الوجوه كلها داخلة تحت مسئلة الكتاب . وقد أجمل الخصاف جوابها وقال : { لا ضمان عليه فيما قبضه من الثمن } . وهذا غلط على هذا الإجمال . والجواب على ما فسرنا(١١) .

323 مسـألة

{ وقال محمد فى المحجور عليه يزوّج ابنته أو أخته وهما صغيرتان ، قال تزويجه باطل } من قِبل أن عندنا(١) كل من لا يملك ولاية نفسه فى التصرف لا يلى على غيره بدلالة المجنون والصبى لمّا لم يَليا التصرف فى ماليهما لم يليا عقد النكاح على غيرهما . (٣ فإن قيل : إن هـذا يلى عقد النكاح بدلالة أن له أن يتزوج فلذلك ينبغى أن يُزوّج ، قيل له : إن يجز عقده للنكاح [فهو ليس](٢) لأنه يلى عقد النكاح . ألا ترى أنه لو تزوج بأكثر من مهر مثلها لم يجز عليه الفضل ؟ فإذا كان كذلك قلنا إن جواز عقد النكاح بمهر المثل بمنزلة شراء شيء بمثل القيمة ، إن للقاضى أن يجوّزه وإن لم يكن ذلك دليلا على جواز التصرف فى ماله . كذلك جواز النكاح لنفسه بمهر المثل لا يدل على كونه ولياً فى إيقاع عقد النكاح على غيره ٣) .

324 قال : { ولو اختلف المحجور عليه والمشترى فى البيع فقال المحجور عليه : اشتريتَـه منى فى حال الحجر ، وقال المشترى : اشتريته منك فى حال الصلاح ، فالقول قول المحجور عليه } لأن المشترى يدّعى تاريخاً متقدماً(١) ، ولا يُعلم ذلك إلا بقوله ، والمحجور عليه // [ل ٨٢ أ] يدعى الحال ،

---

(١١) من ملاحظة ٨ إلى هنا ساقط من ف ، ج .

323 (١) ساقط من ف . (٢) لا يستقيم المعنى بدون الزيادة ؟

(٣) هذه الفقرة ساقطة من ف ، ج .

324 (١) ف : مقدما ؟

فالقول قوله لكون الظاهر معه . قال[٢] : { فإن أقاما البينة[٣] على دعواهما فالبينة بينة المشترى { لأنه قد أثبت تاريخاً متقدماً[٤] ببينته [٥] تنكر بينة [٥] المحجور عليه ، فتكون بينة الإثبات أولى[٦] . { ولو أُطلق عنه الحجر ثم اختلفا كذلك فقال المحجور عليه : اشتريته منى فى حال الحجر ، وقال المشترى : اشتريته قبل الحجر ، كان القول قول المحجور عليه { للعلة التى ذكرناها [٧] وهى أن المشترى يدّعى إثبات تاريخ متقدم للحجر ، والمحجور عليه ينكر ذلك ، فالقول قوله [٧] .

325 فصل[١]

{ ولو اختلفا فقال المحجور عليه : اشتريته منى فى حال الحجر ، وقال المشترى: اشتريتُه منك بعد ما أطلق عنك الحجر ، فالقول قول المشترى { . ولا يشبه هذا المسئلة الأولى من قِبل أن المشترى ها هنا لم يدّع إثبات تاريخ قبل الحجر وإنما ادّعى شراءه بعد إطلاق الحجر عنه[٢] ، والمحجور عليه ادعى إثبات تاريخ قبل الإطلاق ، ولا يُعلم هذا التاريخ ، فصار الظاهر ها هنا مع المشترى وصار المحجور عليه هو المدّعى بخلاف الظاهر فعليه البينة على دعواه ، والقول قول المشترى على نفى[٣] تاريخ متقدم للإطلاق . وفى المسئلة الأولى ادعى المشترى الشراء قبل الحجر وادّعى ذلك إثبات تاريخ متقدم للحجر ، والمحجور عليه ينكر ذلك وادعى أنه لم يقع العقد إلا فى حال الحجر ، والقول قوله إذ الظاهر معه .

---

(٢) ساقط من ف .
(٣) ل : لم بينة .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ب .
(٦) مزيد فى ف ، ج هنا : فصل .
(٧) ساقط من ف .

325 (١) فى ف ، ج . وفى ل بياض .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ساقط من ف .

326 باب المسئلة عن الشهود

قال : { والمسلمون عدول بعضهم على بعض فى جواز الشهادة عند أبى حنيفة ما لم يظهر فسقهم ، ولهذا قال : لا أسأل عن الشهود إلا أن يطعن الخصم[١] فى شهادتهم ، إلا الحدود فإنه يسأل عنهم احتياطاً ، وفى قول أبى يوسف ومحمد يسأل القاضى عنهم فى كل ما يجرى مجرى الشهادات فى الحقوق التى يحكم الحاكم[٢] بها /// [ف ٦١ ب] على المشهود عليه[٣] } .

327 [١]وقد روى أخبار كثيرة عن النبى صلى الله عليه والصحابة والتابعين ما يدل على صحة مذهب أبى حنيفة فى كون المسلمين عدول بعضهم على بعض ما لم يظهر منهم فسق . وروى عن النبى صلى الله عليه أنه قَبِلَ شهادة الأعراب ولم يسأل عن عدالتهم وقال « مَن استقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فذلك المسلم ، له ما لنا وعليه ما علينا »[٢] . وبهذا احتج الحسن البصرى على إياس ابن معاوية حيث ردّ شهادة رجل : يا لُكَع لِمَ رددت شهادة هذا ، أما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه قال كيت وكيت ؟ فقال إياس : أيها الشيخ ، إن الله تعالى يقول ﴿ مِمَّن ترضَونَ مِنَ الشُّهداءِ ﴾[٣] ، وهذا خائن لا يُرضى بشهادته . إلا أن إياسا لم ينكر أن الأصل العدالة وإنما لم يقبل لأنه كان قد ظهر له ما يوجب سقوط الشهادة . وعن الصحابة أنهم كانوا يقبلون شهادة المسلمين من غير مسئلة تعديل الشهود . وكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه ،

---

326 (١) ف : المشهود عليه . (٢) ف : القاضى .
(٣) ساقط من ف .

327 (١) من هنا إلى ملاحظة ٢ فقرة 328 ساقط من ل .
(٢) حديثان بنفس المعنى فى البخارى ، صلاة ، ٢٨ ، وأبى داود ، جهاد ، ٩٥
(٣) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٢

بمحضر من الصحابة من غير نكير من أحد منهم عليه ، إلى أبي موسى الأشعري : المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرّباً عليه شهادة زور أو ظَنِيناً في ولاء أو قرابة[٤] . وقد رُوي عن كثير من التابعين مثل هذا . ومن جهة النظر أن الفسق معنى حادث والأصل العدالة ، فلا يجوز أن يُحكم عليه بالفسق ما لم يظهر منه ذلك . وإن كان هذا على ما وصفنا[٥] ذهب أبو حنيفة إلى أن القاضي لا ينبغي له أن يسأل عن عدالة الشهود في غير الحدود كما بيّنا .

328 قال الشيخ : وهذا إنما كان في الصدر الأول في زمن الصحابة والتابعين وتابعي التابعين إلى زمن أبي حنيفة . ومما يدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه « خير الناس القرن الذي بُعثت فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب »[١] . فأخبر النبي صلى الله عليه أن خير الناس القرن الذي بُعث فيهم وهم في قرن الصحابة ثم الذين يلونهم وهم التابعون ثم الذين يلونهم وهم تابعو التابعين . وأبو حنيفة كان من التابعين لأنه أدرك بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وأدرك من التابعين خلقاً كثيراً ، فأقل أحواله أنه كان من تابعي التابعين . فإذا كان كذلك حكمَ بأن المسلمين كلهم على العدالة ما لم يظهر منهم الفسق كما حكم النبي صلى الله عليه[٢] للقرن الأول ، إذ قد شهد رسول الله بأنهم خير الناس بعد الصحابة والتابعين ، ولم يخبر أن الكذب يفشو بينهم . أما بعد زمن أبي حنيفة ، رضي الله عنه ، فقد أخبر النبي صلى الله عليه وسلم

---

(٤) راجع تلك الرسالة أعلاه فقرة 24 .

(٥) ف : تضع هنا نقطة للفصل ، أما ج فلا تفعل ذلك .

328 (١) قابل ابن حنبل ج ٥ ص ٣٥٧ حيث الحديث بمعناه .

(٢) من ملاحظة ١ فقرة 327 إلى هنا ساقط من ل .

أن الكذب يفشو فيهم[٣] . وكذا تشاهدهم اليوم لأن الأغلب فى الناس غير العدالة فلا //[ف ٦٢ أ] بدّ من مسئلة الشهود فى الشهادات //[ل ٨٢ ب] كما قال أبو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما . فلما كان كذلك حكم أبو حنيفة رحمة الله عليه على الشهود بما شاهد[٤] وظهر له من حالهم ، وحكم أبو يوسف ومحمد على ما شاهداه من إظهار الفسق وإفشاء الكذب والزور . وأما الحدود فإنما يجب عليه[٥] أن يسأل عن تعديل الشهود لأن القاضى مأمور بالاحتياط فيها . ألا ترى أنه ينبغى له أن يستثبت فى أمر المشهود به فيقول[٦] : ما زنا ، وما سرق ؟ كذا رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لِماعِز حين أقر « لعلك قبّلتَ لعلك لمسْتَ »[٧] . وقال للمرأة التى رُفعت إليه « أسرقْتِ ؟ قولى : لا » . وقال : « ما إخالُكِ سرقْتِ »[٨] . وكان يقول للشهود الذين يشهدون بالزنا : « ما الزنا ؟[٩] » حتى يستثبته ثم يقيم على المشهود عليه الحدّ ، لأن الإمام مأمور [١٠]بالتوصل إلى درء الحدود . فإذا كان كذلك قلنا فى مسئلتنا : ينبغى أن يسأل الشهود عن[١٠] عدالتهم لكى يجرح فى شهادتهم ويُسقط الحدّ عن المشهود عليه .

---

(٣) ف : بينهم .

(٤) ب : كان شاهدهم .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ف .

(٧) راجع ابن حنبل ، ج ١ ، ص ٢٣٨ . والرجل هو ماعز بن مالك .

(٨) لم أعثر على هذا الحديث فى ونسنك ، ولكن راجع ابن حنبل ، ج ٥ ، ص ٢٩٣ حيث الحديث عن رجل .

(٩) أنظر أبا داود ، حدود ، ٢٣ : « فهل تدرى ما الزنا » ؟

(١٠) ساقط من ل .

329 مســـــألة(١)

{ وينبغى للقاضى أن يتخير للمسألة(٢) عن الشهود (٣ أوثق مَن يقدر ٣) عليه وأعظمهم أمانة وأكثرهم خبرة بالناس وأعلمهم بالتمييز فيُولّيه (٤ المسألة عن ذلك ٤) ويدفعها إليه فى السر ، ويدفع إليه أسماء الشهود بأنسابهم(٥) وحِلاهم وقبائلهم ومحالّهم(٦) ويسأل عنهم أهل الثقة والأمانة من جيرانهم ممن يصلح للمسألة [و] ممن(٧) يكون عدلا ذهِناً متيقظاً(٨) غير مُغفِل } .
أما قوله : ينبغى للقاضى أن يتخير لمسئلته(٩) عن الشهود أوثق مَن يقدر عليه — وذكر الأوصاف — لأن المزكى قائم مقام القاضى فى المسألة (١٠ عن الشهود ١٠) . وكما أن القاضى ينبغى أن يكون ورعاً مميزاً ذهِناً ، فكذلك المزكى . ولهذا المعنى لم يجوّزوا(١١) تزكية عبد ولا كافر . وكذلك كلّ مَن لا (١٢ يجوز أن ١٢) يكون شاهداً (١٣ فى الحقوق ١٣) فإنه لا يجوز أن يكون مزكياً كما لا يجوز أن يكون قاضياً ، إذ قد قام مقام القاضى فى ذلك . وأما دفع القاضى أسماء الشهود وأنسابهم إلى المزكى سراً فلأنه لو دفع ذلك إليه جهراً لم يأمن أن لا(١٤) يتوصل إلى استثبات عدالتهم(١٥) حسب الواجب ، إذ قد يجوز أن يكون الشاهد رجلا خطيراً عظيم(١٦) القدر لا يجسر المزكى

---

329 (١) ل : يتلو مسألة .
(٢) ف : لمسائلة .
(٣) غير واضحة فى ل .
(٤) ف : مسائله .
(٥) ف : بأسمائهم .
(٦) ل : فمدلهم .
(٧) ساقط من ف .
(٨) ساقط من ف .
(٩) ف : لمسائله .
(١٠) ل : المشهود .
(١١) ف : يجيزوا .
(١٢) ساقط من ل .
(١٣) ساقط من ف .
(١٤) ل : لم .
(١٥) ل : عدالته .
(١٦) ل : أعطى .

ولا المسئول[١٧] عن عدالته أن يتكلم فيه بشيء خوفاً من هيبته . وأما إذا أعطاه سراً فليس هـــذا المعنى موجوداً لأنه لا يقف على المزكى الذى زكاه أو أسقطه[١٨] . لهذه العلة ينبغى أن يسأل المزكى أيضاً جيران الشهود عن عدالتهم //[ل ٨٣ أ] سراً دون الجهر . ويجوز أن يكون المزكى واحداً عدلا[١٩] عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، امرأة كانت أو عبداً أو//[ف٦٢ب] محدوداً[٢٠] فى قذف ، والاثنين أفضل . وعند محمد لا يقبل تعديل الواحد حتى يكونا رجلين[٢٠] . وهذا عند أبى حنيفة إذا طعن المشهود عليه فى شهادته أو كانت الشهادة فى حدّ ، فأما إذا كانت الشهادة فى غير حدّ ولم يطعن المشهود عليه فى شهادته فهو عدل عنده لا يحتاج إلى تعديله على ما بينا فيما تقدم . فإذا كان كذلك قلنا إن أبا حنيفة ذهب إلى أن التعديل ليس يجرى مجرى الشهادة لأنه ليس يقع بتعديلهم حكم على أحد ، وإنما هو خبر بصلاحه وورعه كسائر أخبار[٢١] الديانات التى ليس طريقها الشهادة مثل الشهادة على رؤية الهلال ونحوها ، فلا تحتاج إلى استيفاء شرائط الشهادة . والذى يدل على أن هذا لا يجرى مجرى الشهادة أن المزكى لو كان قوله على وجه الشهادة لكان شاهداً على شهادة المسئول عن أمر الشاهد[٢٢] ، فكان ينبغى له[٢٣] أن لا يشهد[٢٤] عند القاضى[٢٤] بعدالة الشاهد حتى يشهد المسئول عن شهادته ، فيقول له : أشهدْ على شهادتى بكَوْن هذا الرجل عدلا مستوراً ، وكان ينبغى للمزكى أن يقول للقاضى : أشهدُ أن فلاناً قد أشهدنى على شهادته على حسب ما يقول الشاهد على الشهادة . فلما اتفق الجميع على أن المزكى ليس عليه أن يخبر القاضى

---

(١٧) ف : المزكى .

(١٨) ف : اسقبته .

(١٩) ساقط من ف .

(٢٠) ساقط من ل .

(٢١) ف : احسان .

(٢٢) ل : الشهادة .

(٢٣) ساقط من ل .

(٢٤) ف : القاضى .

على هذا الوجه دلّ على أن خبره لم يجر مجرى الشهادة . (٢٦ وأيضاً لو كان يجرى مجرى الشهادة لوجب أن لا يقبل منـــه القاضى حتى يأتى بلفظ الشهادة .... (٢٥) على شهادة ، وإنما هو خبر فينبغى أن يُقبل عن واحد عدل كما يقبل فى الديانات وأخبار الآحاد (٢٦) . وأيضاً كما جاز قضاء قاضٍ واحد جاز تزكية مزكٍّ واحد إذ هو قائم مقام القاضى فى المسئلة عن التعديل . فأما محمد فإنه ذهب (٢٧) إلى أن شهادة الشهود تكون موقوفة على تزكية المزكى وتصير الشهادة شهادة صحيحة بالتزكية (٢٨) ، فإذا كان كذلك صار مثل الشهادة على سائر الحقوق . فإذا كان هذا على ما وصفنا قلنا إن المزكى يسأل جيران الشهود عن هؤلاء سراً (٢٩) ، فإن قال المسئول : هو عندى جائز الشهادة ، (٣٠ أخبر صاحب المسائل القاضى سرّاً (٣٠) فقبل القاضى ما يأتى به هذا // [ل ٨٣ ب] الرجل من التعديل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يقبل فى قول محمد حتى يكونا رجلين (٣١ على مابيناه (٣١) .

330 قال الخصاف : { وللقاضى (١) أن يستظهر برجل آخر للمسائل ، وهو الأفضل عند أبى حنيفة . فإذا أتاه الأول بشىء من أمر الشهود ودفع إلى الآخر أيضاً أسماء الشهود وأمره بالمسئلة عنهم ولم يعلمه ما جاء به الأول ، فإن أتى بمثل ما جاء به الأول أنفذ ذلك وأمر الطالب أن يأتى بقوم يعدّلونهم فى العلانية . فإذا جاء من يعدلهم علانية [و] الطالب والمطلوب والشهود

---

(٢٥) كلمتان غير واضحتين .
(٢٦) ساقط من ف ، ج .
(٢٧) ف : يذهب .
(٢٨) ساقط من ف .
(٢٩) ساقط من ف .
(٣٠) ف : ردها صاحب المسائل إلى القاضى فى السر .
(٣١) ساقط من ف .

330 (١) ف : والرأى للقاضى .

[يسأل(٢)] القاضى المعدّلين عن رجل رجل من الشهود // [ف ٦٣ أ] عن اسمه واسم أبيه وعدالته ، فإذا بينوا ذلك أنفذ شهادتهم } . أما تعديل السر فإنما أعطى القاضى اسم الشاهد (٢ ونسبه إلى الأول وإلى الثانى ٣) بعد إتيان الأول بما صح عنده سرّا فلأنّا قد بيّنا أن الأوثق فى تعديل السرّ أن لا يُعلن ، فلا فرق بين أن يظهر للناس وبين أن يظهر ما أخبر به الأول للثانى(٤) . (٥ وإنما قال إنه يدفع إلى الثانى أسماء الشهود ويأمره بالمسئلة عنهم ولا يعلمه بما جاء به الأول من قِبل أنه إذا علم بذلك جاز ٥) أن يستبين فى أمر الشاهد ما لم يستبنه الأول من العدالة والجرح . وإذا وقف على ما أتى به الأول (٦ اقتصر على ذلك واقتدى به ٦) ، فلا ينبغى للقاضى أن يعلمه بالخبر(٧) الأول . وإذا أتى الثانى (٨ بمثل ما أتى ٨) به الأول من التعديل أنفذ ذلك تعديل السرّ . وأما تعديل العلانية فإنه يسأل الجيران وأهل السوق بعد ذلك جهراً حتى إن وقف إنسان على شىء من أمره لم يكن علمه المسئول عن أمره سرّا أخبره به لأنه يجوز أن يكون قد رأى منه بعض الناس ما يوجب سقوط الشهادة ، وإن كان الذين سألهم عنه سرّا لم يروا منه إلا ستراً(٩) . فإذا كان كذلك لم يكن بدّ(١٠) من السؤال فى العلانية بعد إثبات التعديل سرّا . فما لم يأت أحد بشىء يوجب سقوط عدالته عدّله القاضى بمحضر من الطالب والمطلوب وأنفذ شهادته . وإنما احتيج إلى حضور الطالب والمطلوب من قِبل أن الحكم يقع بشهادتهم على المشهود عليه (١١ والمشهود له ١١) بعد

---

(٢) ف ، ل : لم يسأل ولعل الصواب ما أثبتناه ، وقد ورد كذا فى ج .

(٣) ل : للأول والثانى . (٤) ل : والثانى .

(٥) ف : وأيضاً فإن الثانى إذا لم يخبر بما أتاه يجوز .

(٦) ساقط من ل . (٧) ساقط من ل .

(٨) ساقط من ل . (٩) ل : خبها .

(١٠) ف : له . (١١) ساقط من ف .

التزكية فلا بدّ من إحضار الطالب والمطلوب عند وقوع القضاء[١٢] بالحق للطالب على المطلوب .

331 قال الخصاف : { وإنما احتيج إلى تعديل العلانية لأن لا يُسمّى رجل باسم رجل } . وهذا أيضاً جائز[١] محتمل // [ل ٨٤ أ] .

332 مسـألة

قال[١] : { وإن اختلف أصحاب المسائل على القاضى فأتى أحدهما بتعديل الشهود وأتى الآخر بخلاف ذلك مما يسقط ٢ عدالة القوم ٢ امتحن القاضى ذلك بنفسه ونظر ما السبب[٣] فى ذلك ، فإذا صح عنده أحد الأمرين أمضاه } .

333 قال الشيخ : إذا تساوت ١ شهود صاحب ١ المسائل فى التعديل والجرح فالجرح أولى ، فإن فضل عدد بعضهم على بعض فأكثرهم عدداً أولى ٢ إذا كان البعض ٢ ما دون الرجلين . ومعنى[٣] ذلك أن يأتى أحدهما بعدالته والآخر بجرحه ، فالجرح أولى على ما قال الشيخ[٤] . وإن أتى [أحد[٥]]

---

(١٢) غير واضحة فى ل .

331 (١) ساقط من ل .

332 (١) ساقط من ف (٢) ل : به عدالته .

(٣) ل : التسبب .

333 (١) ل : أخبار أصحاب . (٢) ل : يعنى .

(٣) ف : وتفسير .

(٤) مزيد هنا فى ل وهو تحريف : وكذلك إذا كانا اثنين واثنين بعد أن أتى اثبات الجرح وواحد تساويا فى العدد .

(٥) الأصل : أحدهما .

بالجرح وآخران بالتعديل فالعدالة أولى ، وإن أتى اثنان بالجرح وواحد بالعدالة فالجرح أولى [٦] وحكم الاثنين فما فوقهما واحد [٦] . // [ف ٦٣ب] .

334 [١] قال أبو بكر إن التسوية توجب الوقوف فى الشهادة ولا توجب ترجيح الجرح على العدالة ، فإن أتى شاهد آخر على العدالة حكم بالعدالة وإن لم يأتِ فالشهادة موقوفة [١] وذلك لأنه إذا شهد أحدهما بالجرح والآخر بالتعديل [٢] لم يجز لنا أن نقطع عليه الحكم بالفسق لشهادة الواحد [٢] فلا يوجب خبر الواحد أكثر من الوقوف فيه . وكذلك لا يجوز أن يحكم بعدالته بشهادة الواحد . وإذا كان كذلك وقفنا فى شهادته حتى ينضم إلى إحدى الشهادتين شهادة شاهد آخر [٣] فحينئذ يقطع بما شهد عليه الشاهد ويحكم به ولا يلتفت إلى شهادة شاهد واحد لأنه لا يُقطع به الحكم [٣] . وأما إذا شهد اثنان بالعدالة واثنان بالجرح فإنما الجرح أولى [٤] من قِبل أن العدالة هى الأصل والجرح بالفسق وغير ذلك معنى حادث على الأصل ، فتكون شهادة الإثبات للمعنى الحادث أولى من الشاهدين اللذين شهدا على الأصل [٤] . فلذلك قلنا إن الجرح أولى من العدالة إذا تساوى [٥] فى الشهادة عدد الشهود الذين يتعلق بهم الحكم .

---

(٦) ساقط من ل .

334 (١) ساقط من ف .

(٢) ف : فلا يجوز لنا أن نقطع عليه بالحكم بالفسق بشهادة الواحد .

(٣) ف فإن جاء بشاهد آخر يشهد له بالعدالة حكمنا بعدالته ولا نحكم بفسقه لأن شهادة رجلين شهادة صحيحة يقطع بها الحكم وشهادة الواحد الذى يشهد عليه بالجرح لا يقطع بها الحكم ، فينبغى أن يحكم بعدالته ولا يحكم عليه بالفسق .

(٤) ف : لأن المعنى الموجب لإسقاط الشهادة من جهة الجرح بالفسق أو غير ذلك معنى حادث والعدالة هى الأصل ، فشاهدى (كذا) الإثبات للمعنى الحادث أولى من الشاهدين الذين يشهدان على الأصل .

(٥) ل تساويا ، ف : تساووا . والصحيح : المثبت .

وإنما قيّدنا هذا اللفظ بكون عدد الشهود الذين يتعلّق بهم الحكم لكى لا يظنّ ظانّ أن شهادة الثلاثة على العدالة أولى من شهادة الاثنين على الجرح لأن حكم الاثنين وما فوقهما بمنزلة أن الحكم إنما يتعلق بشهادة الاثنين منهم ، فلا اعتبار بما فوق الاثنين .

335 قال : { وإذا لم يكن فى //[ل ٨٤ ب] جيران الشهود مَن يصلح للمسئلة عنهم من أهل الثقة وكانت لهم أسواق فيها مَن يصلح للمسئلة عنهم من أهل الثقة والأمانة[١] سألهم عنهم } من قِبل أن الغرض فى هذا أن يتوصل القاضى إلى معرفة عدالتهم . فإذا لم يتوصل إليه من جهة الجيران جاز له أن يتوصل إلى ذلك من جهة أهل السوق .

336 قال : { وإن كان الشهود شهدوا على حدّ[١] أو قصاص سأل عنهم جيرانهم وبحث عن ذلك بحثاً شافياً حتى يستقصى معرفة ذلك } . وذلك[٢] لما بيّنا أن القاضى مأمور بالتوصل إلى إسقاط الحدود فينبغى أن يستثبت [٣] فى أمر عدالة الشهود [٣] كى يجد سبيلا إلى درء الحدّ بوجه من الوجوه فيسقطه .

337 قال : { وإن سأل عنهم صاحب المسائل فطُعن فيهم بشىء فأتى به القاضى قال للمدّعى : زِدنى شهوداً ، أو قال : لم يكمل[١] شهودك عندى } . [٣] قال الشيخ : كذا ينبغى أن يفعل ذلك ولا يصرّح[٢] بفسقهم ، وإنما

---

335 (١) ساقط من ف .

336 (١) ف : حدود . (٢) ساقط من ل .

(٣) ف : أمر الشهود فى العدالة .

337 (١) كذا فى ج ، وهو الصواب . فى ف : يحمد ، وفى ل : يحمل .

(٢) الكلمة غير واضحة والأرجح ما أثبتناه .

يقول : زدنى شهوداً (٣) أو نحو هذا . (٤) فإن أتى المشهود له بمن يعدّلهم (٤) من أهل الثقة والأمانة فإن القاضى ينبغى له أن يعيد المسئلة على أولئك الذين // [ف ٦٤ أ] طعنوا فيهم فيسألهم بما يطعنون عليهم . فإن سمّوا شيئاً يوجب سقوط العدالة كان الجرح (٥) أولى من التعديل . وهذا (٦) على ما بيّنا إذا كانت شهود الجرح مساوية لشهود العدالة فيما يتعلق به الحكم مثل أن يشهد اثنان بالجرح واثنان فما فوقهما بالعدالة ، أو شهد واحد بالجرح وواحد بالعدالة ، فيكون الجرح (٧) أولى لأن شهود الجرح قد شهدوا بمعنى حادث وقع لهم العلم به ولم يقع لشهود العدالة علم بذلك ، فصار مثل شاهدين شهدا لرجل بحق واجب عليه وشاهدين فما فوقهما شهدوا أنه ليس عليه شىء فلا يلتفت إلى شهادة (٨) الذين شهدوا أنه ليس عليه شىء (٨) فكان الإثبات أولى من النفى . وهكذا كما نقول فى الأخبار إن المثبت لمعنى حادث أولى من غيره. (١٠) ولذا قلنا فى تزويج المحرم إن خبر من أخبر أن النبىّ صلى الله عليه وسلم تزوّج فى حال إحرامه أولى من خبر الذى أخبر أنه تزوّج فى حال إحلاله من قِبل أن الذى أخبر أنه تزوج وهو مُحرم قد عُلم منه معنى فى حال التزويج جَهله الآخر ، إذ الأصل الحِلّ ، والإحرام معنى طارٍ ، فمن أخبر بمعنى طارٍ كان خبره أولى لأن الآخر إنما شهد على ظاهر حاله ، ولم يعلم منه إحرامه فى تلك الحال ، والآخر قد علمه ، فالخبر المثبِت أولى كما قلنا فى رد النبىّ صلى الله عليه زينب ابنته إلى زوجها بنكاح جديد (٩) أنه أولى من قِبل أنّ الذى أخبر أنه ردها بالنكاح الأول ، وهو ابن عباس ، لم يعلم تجديد النكاح ،

---

(٣) ساقط من ف ، ج

(٤) ل : فإن أتا المشهود له أن يعد لهم .

(٥) ف : الجراحة . (٦) ساقط من ل .

(٧) ساقط من ل . (٨) ف : النفى .

(٩) أنظر أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ٢٠٨

فإنما أخبر عن ظاهر الحال ، والآخر قد علم منه تجديد النكاح فكان خبر هذا الذى أثبت تجديد النكاح أولى من خبر ابن عباس [١٠] فردّ مسئلتنا إلى الأخبار أولى من ردّها إلى الشهادات خاصة على مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف رحمة الله عليهما ، لأن الشهادات غير مقبولة على الأصل [١١] وإنما تُقبل على [١٢] المعانى الحادثة [١٢] ألا ترى أنّا لا نقبل شهادة مَن فى يده شىء له لأن الظاهر أنه له فلا تفيدنا [١٣] الشهادة بذلك شيئاً ، ونقبل شهادة شهود [١٤] // [ل ٨٥ أ] المدّعى بأنه له لأنهم شهدوا على معنى حادث خلاف الظاهر . فلو حملت مسئلتنا على الشهادة لوجب أن لا تقبل شهادة الشهود على العدالة لأن العدالة هى الأصل والفسق هو المعنى الحادث . فإن قيل [١٥] إن العدالة أيضاً معنى حادث لأن الإنسان لا يكون عدلاً إلا بأداء الفرائض والقيام بأمر الله تعالى ، قيل له : كذا هو العدالة أيضاً معنى حادث من هذه الجهة [١٦] إلا أن [١٦] الأصل فى المؤمنين قيامهم [١٧] بحق الله تعالى وأداء الفرائض ، والفسق معنى [١٨] طارىء كما نقول إن الأصل فى الموجود فى دار الإسلام هو الإسلام والكفر طارىء عليه [١٨] لأنه معنى حادث [١٨] ، فلا يحكم عليه بالكفر ما لم يعلم حدوثه ويحكم له بالإسلام وإن كان الإسلام معنى حادثاً فى الحقيقة . إلا أنه لمّا كان حكم دار الإسلام أن يكون الناس مسلمين حكمنا لهذا بأنه مسلم . كذلك مسئلتنا . وإن كانت العدالة إنما هى أداء الفرائض والقيام بحقوق الله تعالى [١٩] وهى معنى حادث فإن الأصل فى المسلمين القيام

---

(١٠) ساقط من ل .
(١١) ف : الظاهر .
(١٢) ف : المعنى الحادث .
(١٣) ل : نقبل .
(١٤) ان صفحتى ٦٥ ب و ٦٦ أ من مخطوطة ليدن هما تكرير واعادة لما ورد سابقاً ابتداء من منتصف فقرة 334 ، ولذلك أغفلناها ، وانتقلنا الى السطر الثالث من ٦٦ ب .
(١٥) ف : قال قائل .
(١٦) ل : لأن .
(١٧) ف : امنهم .
(١٨) ساقط من ف .

بأداء الفرائض[١٩] ، فلا يحكم عليهم بخلاف ذلك [٢٠] إلا أن [٢٠] يبين لنا خلافه . فإذا كان كذلك ثبت أن الأصل العدالة ، والفسق طارىء فلو حمل الأمر على[٢١] الشهادة على ما قال محمد لوجب أن لا تجوز شهادة شاهدى التعديل . وهذا خلاف الإجماع إذ المسلمون قد اتفقوا على قبول شهادة شاهدى التعديل .

338 [١] قال : { وإن عدلهم أولا وطعن المشهود عليه فيهم بشيء وقال القاضى : أعِد المسئلة عنهم فسأل القاضى عنهم قوماً آخرين ثقات فقالوا : نعرفهم بكذا ، فسمّوا أمراً يُسقط عدالتهم أسقطهم ولم يُجز شهادتهم } ، وذلك أن تعديل المتقدمين لهم لم يمنع طعن الطاعنين فيهم . فينبغى للقاضى إذا طعن فيهم طاعن أن يستثبت عدالتهم ويسأل قوماً آخرين ، لأنه يجوز أن يكون الأولون لم يقفوا على أمرهم فى الجرح وما يوجب سقوط العدالة ، وهؤلاء قد وقفوا عليه وأخبروه بذلك ، فوجب أن يُسقط عدالتهم [١] .

339 قال : { وقال أبو حنيفة : لو أن شهوداً[١] شهدوا على رجل بحق[٢] فأقام المشهود عليه شهوداً شهدوا أن هذا المدعى استأجر هؤلاء الشهود ليشهدوا له على هذا فإن القاضى لا يلتفت إلى شهادة هؤلاء الآخرين // [ل ٨٦ ب] بالإجارة } . قال أبو بكر : من قِبل أن الإجارة لا تثبت بغير خصم كالبيع وغيره ، والمستأجر الذى ادعوا عليه [٣] بأنه استأجر الشهود [٣] لم يدّع الإجارة ، وكذلك المؤاجرون الذين أجّروا أنفسهم للشهادة على زعم هؤلاء الشهود[٤]

---

(١٩) ساقط من ل .
(٢٠) ف : ما لم .
(٢١) ل : فى .

338 (١) ساقط من ف .

339 (١) ل : قوما .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ل : الشهود بأنه مستأجر .
(٤) ل : الذين شهدوا ؟

(٥ ليس يدّعون الإجارة ٥) فلا يجوز إثبات الإجارة عليهم من غير دعواهم . فإذا كان كذلك لم يلتفت إلى شهادة الشهود بذلك (٦ وقد بيّنا فيما تقدم نظائر ذلك من المسائل ٦) .

340 قال : [ويقبل تعديل الوالد لولده والولد لوالده وكل ذي (١ رحم محرمة منه١)] . وهذا أيضاً شاهد لأبي حنيفة وأبي يوسف على محمد لأنه لو جرى ذلك مجرى الشهادة لم يُقبل تعديل الوالد لولده ولا تعديل الولد لوالده كما لا تجوز شهادة أحدهما للآخر (٢فيثبت بذلك أنه إخبار فيكون هو وسائر الأجنبيين سواء ، إذ هو من أمور الديانات٢) .

341 قال : [وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى وأبو يوسف : شهادة أهل الأهواء جائزة بعضهم على بعض إذا كانوا عدولا إلا صنفاً من الرافضة يقال لهم الخطّابية (١) ، فإنه (٢بلغنا عنهم٢) أن بعضهم يصدّق بعضاً فيما يدعى إذا حلف ، ويشهد بعضهم لبعض] . قال الشيخ(٣) : ليس يُعرف في قبول شهادة أهل الأهواء بعضهم على بعض خلاف // [ف ٦٥ أ] إلا هذا الصنف ، يعني(٤) الخطابية فإنهم يشهدون بما لا علم لهم به إلا من جهة المشهود له ، فلا تقبل شهادتهم لأن الله تعالى قال : ﴿ إلا مَن شهِدَ بالحقِّ وهم لا يَعلمون ﴾(٥) ، (٦ وقال تعالى : ﴿ ولا تقفُ ما ليس لك به عِلمٌ ﴾٦) .

---

(٥) ساقط من ل . (٦) ساقط من ل .

340 (١) هذه الكلمات غير واضحة في ل .

(٢) ف : وإنما جاز ذلك لأنه يجري مجرى أخبار الديانات دون الشهادة فصار هو وسائر الأجنبيين بمنزلة .

341 (١) انظر فهرست الأعلام . (٢) ل : بلغني .

(٣) ساقط من ف . (٤) ل : من .

(٥) سورة الزخرف ، ٤٣ : ٨٦

(٦) سورة الإسراء ، ١٧ : ٣٦ . وهذه الآية في ل .

342 { وقال أبو يوسف : أيما رجل أظهر شتيمة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم لم أقبل شهادته { ، من قِبل [١] أنه لو شتم سائر الناس والجيران لا تقبل شهادته [١] لأن هذا مجانة وسخف ، فشتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أحرى [٢] أن يمنع الشهادة [٢] .

343 قال : { ولا تجوز شهادة أصحاب العصبية وقطاع الطريق والمتلصصة وأصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل عمل قوم لوط [١] يعنى إتيان الذكران [١] ومن يشرب الخمر ويسكر من النبيذ ويجلس مجالس المجانة على الشرب والفجور ، وإن لم يسكر ، والمغنى والمغنية ، والنائح والنائحة { . أما قُطّاع الطرق والسرّاق [٢] وأصحاب الفجور بالنساء والرجال وشارب الخمر فإنهم فُسّاق [٣] ليس فى إبطال شهادتهم خلاف [٣] لأن الله تعالى [٤] قد أوعد على فعلهم [٤] العذاب [٥] فقال فى قطاع الطريق فى آية المحاربين [٥] ﴿ إنما جزاءُ الذين يُحاربون الله ورسوله ﴾ إلى قوله ﴿ ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ﴾[٦] . // [ل ٨٧ أ] وقال تعالى فى السارق ﴿ فاقطعوا أيديَهما جزاءً بما كَسَبا ﴾[٧] فبين أن القطع يكون على وجه العقوبة فصار [٨] الفعل نفسه [٨] موجباً للعقوبة . [٩] ولا تكون العقوبة إلا على فعل الظلم ، والظالم مستحق النار [٩] . كذلك

---

342 (١) ل : أن شهادة الشاتم [الشاتم] الناس والجيران لا تجوز .
(٢) ساقط من ف .

343 (١) ساقط من ل . (٢) ف : والمتلصصة .
(٣) ف : ليس فيه خلاف فى بطلان شهادتهم .
(٤) ف : قد أوعدهم على فعلهم .
(٥) ل : فى قطاع الطريق وهو قوله تعالى .
(٦) سورة المائدة ، ٥ : ٣٣ .
(٧) سورة المائدة ، ٥ : ٣٨ . (٨) ل : نفس الفعل .
(٩) ف : ولا يكون المعاقب على فعله إلا فاسقا . ثم بين لنا فى آخر الآية أنه ظالم فقال « فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح » والظلم يكون الأمر الظالم والظالم يستحق النار ؛

المتلصصة [١٠] لأنهم مثل قطاع الطرق [١٠]. وأما أصحاب الفجور بالنساء والرجال فهم فسّاق أيضاً لقوله تعالى ﴿ الزانية والزانى فاجلِدُوا كلَّ واحدٍ منهُما ﴾ [١١] الآية ، [١٢] فقد أوعد عليه العذاب بقوله [١٢] ﴿ ولا يَزْنون ومَن يفعلْ ذلك يلْقَ أثاماً يُضاعفْ لهُ العذابُ يومَ القيامةِ ويخلُدْ فيهِ مُهاناً ﴾ [١٣] . وكذلك [١٤] من عمِلَ عَمَل [١٤] قوم لوط [١٥] مثل هذا فى باب التفسيق [١٥] ، ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ إنكم لتأتون الرجالَ شهوةً مِن دون النساءِ بل أنتم قومٌ مُسرفون ﴾ [١٦] ، وقال [١٧] فى موضع آخر ﴿ أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها مِن أحد من العالمينَ ﴾ [١٧] ، فذمهم على ذلك العمل . وهذا الذى ذكرناه ليس فيه خلاف بين الناس أن صاحبه فاسق غير مقبول [١٨] الشهادة . وكذلك شارب الخمر [١٩] لأنه قد أتى بما تحرم عليه بنص الكتاب [١٩]. وأما شرب النبيذ وإن كان حلالا عند أبى حنيفة فإن السُّكر منه حرام يوجب الحد ويَفسق صاحبه فلا تجوز شهادته . وأما الذى يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب فلأنه لو كان عدلا لم يرضَ من نفسه بالسكوت عنهم على تلك الحال ، فكيف الجلوس معهم ! [٢٠] لأن الله أمر بالنهى عن المنكر ، فهو قد لزمه نهى المنكر وتغييره فلما لم يغيّره وقعد معهم //[ف ٦٥ ب] ورضى به صار كواحد منهم ، وإن كان نفس الجلوس لا يُعلم أنه فسق أو غير فسق [٢٠] . وكذلك الغناء والنوح من أفعال الفسقة [٢١] لأنه محرّم قد ورد بذلك أخبار كثيرة [٢١] . وكذلك اللاعب بالحمام ومطيرها [٢٢] وغيرها من

---

(١٠) ساقط من ل .
(١١) سورة النور ، ٢٤ : ٢ .
(١٢) ل : وقال تعالى .
(١٣) سورة الفرقان : ٢٥ : ٦٨ — ٦٩
(١٤) ف : عمل .
(١٥) ساقط من ل .
(١٦) سورة الأعراف ، ٧ : ٨١ .
(١٧) نفس السورة : ٨٠ . ساقط من ف .
(١٨) ل : مبذل .
(١٩) ساقط من ف .
(٢٠) ساقط من ل .
(٢١) ف : وإن لم يعلم إيجـاب الفسق بنفس الفعل من قبل أنه محرم ، يعني الغناء والنوح ، فلا تقبل شهادة فاعله .

الطيور[٢٢] ومن يلعب بالشطرنج المقامر عليه أو من يشتغل عن الصلاة به أو من يُكثر الحلف عليه بالكذب والباطل }. [٢٣] أما اللاعب بالحمام وغيره والطير لها فلأنه سخيف فلا تقبل شهادته لهذا المعنى ، لا لأنا نحكم له بالفسق [٢٣].

344 قال الشيخ : وكذلك كل فعل يدل على سخف فاعله ، فإن الفاعل يسقط عن العدالة وإن لم يُعلم فسقه بذلك الفعل . ألا ترى أن رجلا شيخاً لو [١] قام فصارع [١] الصبيان فى الجامع بين يدى الناس أو وقف على الناس فى الأسواق وتكلم بالسخف والهزل[٢] أنّا لا نقبل شهادته وإن لم يُحكم بفسقه بذلك ؟ [٣] فقد علمت أن الشهادة لم يقتصروا فى جوازها على زوال الفسق فقط ، وقد احتيج [٣] فى جوازها إلى شرائط أخر نحو الحرية وغيرها ، وكذلك نفى[٤] السخف يجوز أن يكون شرطاً فى// [ل ٨٧ب] جواز الشهادة وإن لم يوجب الفسق . [٥] وأما اللعب بالشطرنج فإنما شرط فيه القمار أو ترك الصلاة لأجله أو كثرة الحلف بالكذب لأن الناس ليس يستعظمونه كتعظيم سائر الملاهى[٥] .

345 [١] قال الخصاف معطوفاً على رواية أبى يوسف : {وإذا ترك الرجل الصلوات فى الجماعة استخفافاً بذلك أو مجانة أو فسقاً لم تجز شهادته [١] ، }

---

(٢٢) ساقط من ل . (٢٣) ساقط من ل .

344 (١) ف : لا كم وصارع . (٢) ل : والعرذا [؟]

(٣) ل : فثبت بذلك أن الشهادة لم يقتصر فى جوازها على جواز الفسق عن الشاهد فقط ، بل احتيج . (٤) ف : غير .

(٥) ل : وما ذكره كله من اللعب بالحمام ونظيرها والشطرنج واللعب به وغيره مما ذكره سخف يوجب أن يبطل به شهادته .

345 (١) ساقط من ل .

وهذا إنما يريد به الاستخفاف والتهاون والتكاسل فيه، ولم يرد به الاستخفاف على وجه التهزى لأنه لو فعل ذلك [٢] كفر بالله وصار مرتداً لأن الاستهزاء بالشريعة يوجب التكفير. فمسألتنا المراد بها الاستخفاف على وجه الكسل والتهاون [٢].

346 قال: { وآكل الربا[١] لا تجوز شهادته } لأنه فاسق. قال: { وإن كان الرجل يلعب بشيء من هذه الملاهي وذلك لا يشغله عن الصلاة ولا عما يلزمه من الفرائض، فإن كان من الملاهي التي ينتسب أهلها[٢] إلى المجانة وهي مستبشعة لم تجز شهادته، وإن لم تكن مستبشعة وكان الخير فيه أكثر جازت شهادته }، لأن هذا ليس بفاسق ولا سخيف إذ الملاهي // [ف ٦٦ أ] غير مستبشعة وإنما هي مثل اللعب بالشطرنج من غير أن يقامر[٣] عليه ومن غير أن يشتغل به عن الصلاة وعما يلزمه من الفرائض، فلا يمنع ذلك قبول شهادته.

347 قال: { وإذا شهد رجل أن هذا ليس بعدل لم يقبل ذلك منه القاضي حتى يفسر له } لأنه ربما يكون المعنى الذي يسقط[١] عدالة المشهود عليه لا يوجب إسقاط العدالة عند القاضي، فلا بد من أن يستفسره ويقول: لأي معنى قلت أنت إنه غير عدل؟ وإن أتى بمعنى يوجب سقوط العدالة أسقطه عن العدالة إذا كان معه غيره على ما بينا، وإن لم يأت بمعنى يوجب إسقاط العدالة لم يُسقطه.

---

(٢) ل: كان كافرا فبان.

346 (١) ق الربوا. (٢) ل: أهله.

(٣) ل: يقام.

347 (١) مزيد ق فـهنا: هذا.

348 مسـألة[1]

{ وإذا قال المشهود عليه للقاضى : إن هؤلاء الشهود عبيد ، وقال الشهود له : نحن أحرار ، فإن القاضى يكلفهم إقامة[2] البينة على كونهم أحراراً سواء ادعوا الحرية الأصلية أو المحدثة[3] } لأن الناس أحرار فى الأصل إلا فى أربعة أشياء : الشهادة والقصاص والحدود والعقل[4]، لأن الظاهر لا يُستحق به [5] على الغير [5] عندنا ، وإنما يَدفع به الدعوى عن نفسه . فنحن لو قبلنا شهادة هؤلاء وحكمنا بالظاهر أنهم أحرار الأصل واستحققنا[6] الحق المشهود به على المشهود عليه كنا قد استحققنا ذلك بالظاهر على الغير . وهذا غير واجب إذ قد ثبت فى الأصول[7] أن الظاهر لا يُستحق به على الغير[8] . فإن قال الشهود للقاضى : سَلْ عنا[9] ، فإن القاضى // [ل ٨٨ أ] لا[10] يقبل ذلك [11] منهما ويكلفهما[11] إقامة البينة على الحرية . وإن شاء سأل عنهم ، فإن شهد على كونهما حرين رجلان عدلان حكم بحريتهما ونفذت شهادتهما . قال[12] : { [13] والأحسن أن لا يسأل[13] حتى يقيما البينة على الحرية } لأن هذا ليس يلزم القاضى فلا ينبغى له أن يتكلف[14] ويسأل الناس [15] هل هم [15] أحرار أم لا .

---

343 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .
(٣) ل : المحدثه . (٤) يعنى الدية .
(٥) ل : الغير شىء . (٦) ل : وواجبنا .
(٧) ل : هذا الأصل . (٨) مزيد فى ل : شىء .
(٩) ساقط من ف . (١٠) ساقط من ل .
(١١) ل : فيهم ويكلفه . (١٢) ساقط من ل .
(١٣) ل : إلا أن الأول أحسن ، يعنى أن لا يسأل .
(١٤) ل يستثبت . (١٥) ف : على أنهم .

349 قال : { ويجوز فى تزكية السر شهادة واحد (١حراً كان أو عبداً ، رجلا كان أو امرأة(١) بعد أن يكون عدلا } . وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وقد بينا أن هذا يجرى مجرى أخبار الديانات فلا يجرى مجرى الشهادات .

350 قال : { ولا يجوز فى(١) تزكية العلانية إلا ما يجوز فى الشهادات ، رجلان أو رجل وامرأتان } ، لأن شهود تزكية السر إنما يخبرون لإعلام القاضى بصلاح الشهود وسيرتهم ، فإنما(٢) يُحتاج فى ذلك إلى علم القاضى به فيكون مثل الخبر . وأما شهود(٣) العلانية فإنهم يشهدون بذلك ظاهراً // [ف ٦٦ ب] ويحتاج القاضى أن يحكم بعدالتهم فى الظاهر ، فصار مثل الحكم(٤) بسائر الحقوق ، ولا يقبل منه إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

351 قال : { وإذا صحّت عدالة الشهود عند القاضى بشهادة الشهود وقّع عند اسم كل شاهد (١ مَن عدّله ١) } ليعرف ذلك إذا احتاج إلى معرفة(٢) من عدله . قال : { وينبغى أن يسأل عمن(٣) عُدّل عنده من الشهود إن عادوا فشهدوا عنده شهادات بعد ذلك(٤) كل ستة أشهر أو نحوها ، ويتعرف أمورهم ، فإن الحوادث فيهم(٥) لا تؤمن } ، يعنى الحوادث التى توجب سقوط العدالة ، فيحتاط(٦) فى حقوق الناس التى تقتطَع بشهادتهم . قال : { وإن طعن

---

349 (١) ل : حراً وعبداً وامرأة .

350 (١) ساقط من ل .
(٢) ل : فلهذا .
(٣) ل : شهادته .
(٤) ل : العلم .

351 (١) ل : بمن قد عدل .
(٢) ساقط من ب .
(٣) ف : من .
(٤) ساقط من ف .
(٥) ف : منهم .
(٦) ل : فيحتاج .

المشهود عليه فى شهادة الشهود بعد تعديل القاضى وأقام البينة على دعواه أنهم عبيد أو محدودون فى قذف ، أو أقام البينة على أمر من الأمور يوجب سقوطهم عن العدالة فأتى بشهود شهدوا على فعل رأوه[٧] منهم يوجب سقوط العدالة [٨]وليس بمتقادم[٨] فإن القاضى يقبل ذلك منهم وتسقط شهادتهم }[٩] . ألا ترى أنهم لو شهدوا عليهما أنهما [١٠] رأوهما سكرانين من النبيذ منذ أيام وأنهما [١٠] يعرفانهما بقذف المحصنات وأن عهدهما بذلك قريب قبل ذلك منهما ، ولو شهدوا عليهما بذلك بعد[١١] ستة أشهر أو أكثر لم تقبل لأنهما يتوبان فى[١٢] مقدار هذه المدة // [ل ٨٨ب] فلا يسقطهما عن العدالة بذلك .

352 مسألة[١]

قال الخصاف : { وقال أصحابنا : لا ينبغى للرجل أن يعدّل الرجل إذا إذا كان لا يخبره ولا يعرف أموره ، وإن كان يعرفه ويخبر أموره [٢]وقد سأل[٢] عنه فلا ينبغى أن يمسك عن الإخبار بما يعرفه : إن عرفه بعدالة قال ذلك ، وإن عرفه بغير ذلك مما يسقط به شهادته أمسك [٣]عن هتكه[٣] وعرّض[٤] فى أمره فقال : الله أعلم ، إلا أن يخاف أن يقطع القاضى بشهادته إن عدّله غيره وهو يعرفه بشهادات الزور والكذب وبما يسقط عدالته . فإن أمن أن يكون القاضى لا [٥]يجيز شهادته[٥] أمسك عنه ، وإن لم يأمن ذلك وخاف[٦] أن يقضى على إنسان[٧] بشهادته أخبر بالذى عنده من أمره } .

---

(٧) ساقط من ف .
(٨) ساقط من ل .
(٩) مزيد فى ف هنا : قال .
(١٠) كذا فى الأصل .
(١١) مزيد فى ل هنا : منذ .
(١٢) ساقط من ف .

352 (١) ساقط من ل .
(٢) ف : فيسئل .
(٣) ل : عما فيه .
(٤) ف : وأعرض .
(٥) ف : يقضى بشهادته .
(٦) ساقط من ل .
(٧) ف : أحد .

أما قوله : لا ينبغى للرجل أن يعدّل الرجل إذا لم يعرف أموره ولم يَخبره وإن كان ظاهر أحوال المسلمين على العدالة عند أبى حنيفة فلأن(٨) القاضى إذا سأل رجلا عن تعديل رجل لم يسأله عن حكم الظاهر لأن القاضى والمسئول فى ذلك سواء(٩) فلا معنى لسؤاله عن (١٠ شىء هو عارف به ١٠) وإنما يسأله عما //[ف ٦٧ أ] خبر من أمره . فإذا لم يكن (١١ عنده خبر١١) لم ينبغ له أن يعرّف القاضى ويقول إنه عدل فيظن القاضى أنه قال ذلك (١٢ عن خبرة منه بذلك١٢) ، وأما إذا وقف من أمره على العدالة أو غيرها فلا يحل له السكوت عنه إذا سُئل لأن هذا أمر من جهة الدين مثل أن يأخذ(١٣) إنسان مال إنسان فيظن أنه له فلا ينبغى للرائى أن يسكت عنه (١٤وهو يعلم أنه لغيره١٤) ولكنه يقول : هذا لفلان ، حتى يمتنع من أخذه . وكذلك لو أن ضريراً أراد أن يطأ جارية (١٥ويظن أنها له ، ورجل بصير ينظر إليه وهو يعلم أن الجارية١٥) لغيره لم يحل له السكوت عن ذلك (١٥ولكنه يقول : الجارية لفلان ، ليست لك١٥) . وكذلك فى مسئلتنا إن ثبت عنده عدالته لم ينبغ له أن يسكت عن ذلك فتبطل شهادته ويذهب حق المشهود له ، (١٦ وإن ثبت ١٦) جرحه عنده لم يحل له السكوت عنه(١٧) أيضاً إذا خاف القضاء بشهادته لأنه يذهب حق المشهود عليه بشهادة الشاهد عنده أن شهادته باطلة ، فلا بد من إظهار ذلك ، فأما إذا لم يَخفْ القضاء بشهادته فإنه يُظهر للقاضى على وجه التعريض ولا يصرح له بالفسق لأن الستر عليه أحسن . وهذا إذا لم يكن

---

(٨) ف : فإن .

(٩) ف : سيان .

(١٠) ل : هذا المعنى .

(١١) ف : له خبر ذلك .

(١٢) ل : خبرة منه به .

(١٣) ل : أخذ .

(١٤) ساقط من ف .

(١٥) ساقط من ل .

(١٦) ف : وأثبت .

(١٧) ف : فيه

الرجل ظاهر الفسق . فأما إذا كان فاسقاً ظاهر الفسق لم يكن بإظهار ذلك بأس ليحذر الناس منه .

353 مسـألة[١]

قال : { وقال أبو يوسف : إذا كانت أكثر أمور الإنسان حسنة فهو عدل إذا لم يكن الأمر الذى يكون فيه من الكبائر وإنما هو من الصغائر } . قال : { وقال // [ل ٨٩ أ] غيره : إذا كان الرجل ملازماً للجماعة مؤدياً للفرائض معروفاً بصحة المعاملة فى الدنانير والدراهم والعروض ومؤدياً للأمانات[٢] صدوق اللسان فهو عدل ، وإن كان مع[٣] هذا ربما كانت منه السقطة من الصغائر ، فيستغفر الله تعالى ولا يعود إليها[٤] } . قال : قال الشيخ : [٥]هذا كله مذهب أصحابنا[٥] لأن الرجل إذا لم يكن صحيح المعاملة فى الدنانير والدراهم ولا يكون مؤدياً للأمانات لم تجز شهادته وإن كان ملازماً للجماعات ، لأن أداء الأمانات وصحة المعاملة واجب فرض عليه . قال الله تعالى ﴿ إنّ الله يأمركُمْ أن تؤدُّوا الأماناتِ إلى أهلها ﴾[٦] وقال الله تعالى ﴿ لا تأكلوا أموالكمْ بينكمْ بالباطل إلا أن تكون تِجارة عن تراض مِنكمْ ﴾ . قال[٨] : فلو أن [٩]رجلا عامل آخر بدراهم ودنانير[٩] فسرق منـــه شيئاً بالميزان وغير ذلك لم يجز قبول شهادته ولا يُلتفت إلى قوله[١٠] } لأن من يستحل[١١]

---

353 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : للأمانة .

(٣) ساقط من ف .

(٤) ف : ليمثلها .

(٥) ف : وجميع هذا الذى ذكر عن أبى يوسف مشروط فى عدالة الشاهد عند أبى يوسف وبعض من أصحابه .

(٦) سورة النساء ، ٤ : ٥٨ .

(٧) سورة النساء ، ٤ : ٢٩ .

(٨) ساقط من ف .

(٩) ف : واحدا تعامل فى الدنانير والدراهم وغير ذلك :

(١٠) ف : شهادته .

(١١) ف : يستحين .

سرقة القليل مثل الحبة والحبتين[١٢] فإنه يستحل الكثير أيضاً . //[ف٦٧ب] وهذا وإن لم يصر فاسقاً بسرقة الحبة فقد صار متهماً فى شهادته فلا تقبل شهادته ما لم يجتنب[١٣] من ذلك كله . فكذا رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليس المرء بكثرة الصلاة والصيام[١٤] ، وإنما المرء بأداء الأمانات إذا اؤتمن »[١٥] .

354 قال : { وإن كان معاقراً على النبيذ يناديم عليه } ، [١]يعنى يجالس[١] على النبيذ مع الندماء كما يجالس هؤلاء الفساق ، { أوكان صاحب لهو } ، يعنى الملاهى التى هى مستبشعة على ما بينا ، { أوكان مُجرّباً عليه الكذب ، أو غير مؤد للأمانات ، أوكان قاذفاً للمحصنات فهو غير عدل ، إلا أن يتوب ويصلح ولا يعود إلى مثله فيكون حينئذ عدلا } . وذلك أن هذه الأمور وإن كانت توجب الفسق فإنه إذا ظهر منه الندم على ذلك والتوبة منه حكم بعدالته وإن لم يطلع على ضميره لأنه ليس عليه[٢] من ضميره شىء [٣]إذ لم يُكلف بعلم الضمائر[٣] وإنما عليه أن يحكم بظاهر حاله . وإذا كان ظاهر حاله العدالة حكمنا بعدالته ، وإن كانت فسقاً حكمنا بفسقه . ألا ترى إلى قوله فى قطّاع الطريق ﴿ إلا الذين تابوا مِن قبل أن تقدِروا عليهم ﴾[٤] فأمرنا بإسقاط الحدود عنهم إذا تابوا بعد كونهم محاربين [٥]لله ورسوله[٥] . فكذلك حكم[٥] الكفار ، أمرنا[٦] بأن نضع عنهم السيف إذا آمنوا على الظاهر لقوله تعالى ﴿ وبدا بيننا وبينكم العداوةُ والبغضاءُ حتى تؤمنوا باللهِ وحدَه ﴾[٧] . وقال النبى عليه السلام

---

(١٢) ساقط من ف .

(١٣) ل : يجتنبه .

(١٤) ساقط من ف .

(١٥) لم يرد هذا الحديث فى ونسنك .

354 (١) ف : يسقى بجلس فى بيته .

(٢) ل : علينا .

(٣) ساقط من ف .

(٤) سورة المائدة ، ٥ : ٣٤

(٥) ساقط من ف .

(٦) ل : أمرنا .

(٧) سورة الممتحنة ، ٦٠ : ٤ .

« أمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله // [ل٨٩ب] يعنى إظهار الإيمان والقول بالشهادتين فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم »[٨] . ومعلوم أنا لا نطلع على ضميرهم بأنهم قد آمنوا [٩]في الحقيقة[٩] في الباطن ، ومع هذا فإنا نحكم عليهم بحكم المسلمين وهو[١٠] الظاهر . فكذلك الفاسق إذا تاب نحكم بعدالته .

355 مســـألة

قال[١] : { ولو أن رجلا نزل بين ظهرانى[٢] قوم لم يعرفوه قبل ذلك وأقام بين أظهرهم ولم يظهر لهم منه إلا خير [٣]وصلاح واستقامة فى الأمور ، وكان قد أقام مقدار ستة أشهر فإنهم يسعهم[٣] أن يعدّلوه } . ثم قال بعد هذا : { لا يعدّلونه حتى يقيم سنة ، فإن فى السنة يبين [٤]حاله وخيره مع شره[٤] } . [٥]وهذا كأنه استظهار[٥] .

356 قال : { ولو أن رجلين عدلين لهما معرفة وتمييز عدّلا رجلا عند رجل وَسِعَ[١] ذلك الرجل أن يعدل هذا الرجل الذى عدله الرجلان عنده إذا وقع فى قلبه أن أمره على ما قالوا } ، كما قالوا فى تعديل القاضى إذا شهد عنده رجلان ، أو رجل عدل عند أبى حنيفة ، بتعديل رجل حكم بعدالته . كذلك لهذا أن يقطع بعدالته بشهادة رجلين .

---

(٨) بخارى : إيمان ، ١٧ ، ٢٨ .
(٩) ساقط من ف . (١٠) ف : بنفس .

355 (١) ساقط من ل . (٢) ف : أظهر .
(٣) ف : فإنه إذا أقام بين أظهرهم ستة أشهر ولم يظهر لهم منه إلا الصلاح واستقامة أمر فإنهم وسعهم .
(٤) ف : خير الرجل وشره .
(٥) ساقط من ف . والاستظهار معناه الاحتياط .

356 (١) ل : وسقم .

357 قال : { ولا يسأل عن النساء أحداً من الشهود إلا امرأة برزة[1] تخالط الناس وتعاملهم وتخبر أموراً كثيرة منهم // [ف ٦٨ أ] وتكون مميزة } ، لأن المرأة إذا كانت بهذه الصفة فهي مثل الرجال في باب الاستخبار . وإذا كانت ممن يلزم البيت فهي لا تقف على أمور الناس ، فلا معنى لسؤالها عنهم .

358 { وقال أبو يوسف : ومن سألت عنه فقالوا : نتهمه بشتم أصحاب النبيّ ، صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم ، لم أقبل منهم هذا حتى يقولوا : سمعناه يشتم } ، من قِبَل أنهم قد حكموا بعدالته في غير ما اتهموه من الشتم إذ قد زعموا : إنا نتهمه بشتم الصحابة فقط ، وهذا لا يكون إلا بعد ما يظهر لهم صلاحه في سائر الأشياء . فإذا كان كذلك لم يسقط من العدالة بالتهمة حتى يشهدوا : إنا سمعناه يشتم . قال : { وإن قالوا : نتهمه بالفسق والفجور لم تُقبَل شهادته ويُقبل قول المزكّين في تهمتهم فيه بالفسق } . وفارق هذا الفصل الأول لأن ها هُنا لم يُخبروا بعدالته ، والمتهم في الفسق والفجور لا يظهر منه صلاحه للناس[1] فلا يجوز أن يحكم بعدالته . وفي المسئلة الأولى قد ظهر لهم صلاحه إلا أنهم يتهمونه بشتم الصحابة مع ظهور[2] الصلاح منه // [ل ٩٠ أ] فيحكم على ما ظهر لهم[3] من الصلاح ولا يحكم على تهمتهم فيه بعد ظهور الصلاح منه ، كالشاهد المحكوم[4] بعدالته لا تسقط عدالته بقول واحد : أنا أتهمه في شيء من الأشياء ، حتى يقول : رأيته[5] يفعل ذلك . والله أعلم بالصواب .

---

357 (١) ساقط من ل . ومعنى برزة : الموثوق بعقلها .

358 (١) ساقط من ل . (٢) ف : إظهار .
(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ف .

359 باب المدّعى عليه يعدّل الشهود

قال : { وقال أبو حنيفة : إذا عدّل المشهود عليه[1] الشهود الذين شهدوا عليه فإن القاضى لا[2] يجتزى[3] بذلك حتى يسأل عنهم فى قول [4]من يرى[4] المسئلة عن الشهود } ، من قِبل أن القاضى إنما يجعل المزكّى [5]من يثق به[5] ولا يجعل كل أحد معدلا للشاهد . فإذا كان كذلك ولم يكن المشهود عليه ممن يثق القاضى بأمانته وكونه[6] معدلا للشهود لم تقع التزكية بقوله .

360 فصــــل[1]

قال : { ولو قال المشهود عليه بعد ما شهدوا عليه بالحق فقال[2] : هم عدول فيما شهدوا به علىّ ، أو قال : هم عدول جائزو الشهادة لى وعلىّ ، أو قال : شهدوا علىّ بالحق ، أو قال : الذى شهدا به من الشهادة[3] حق ، [4]أو قال : صدقا فيما شهدا به[4] ، أو قال : هما صادقان فى شهادتهما هذه التى شهدا بها علىّ ، فإن القاضى يحكم عليه بقوله ولا يحتاج إلى المسئلة } . وهذه الألفاظ كلها ذكرها الخصاف ، بعضها عن أبى يوسف وبعضها عن غيره . [5]قال الشيخ رحمه الله[5]: وهو مذهب أصحابنا لأن هذا إقرار من المشهود عليه بالحق المشهود به // [ف ٦٨ ب] للمشهود له ، فالقاضى إنما يحكم عليه بإقراره بالحق [6]لا لأنه[6] يعدّل الشهود بقوله ثم يحكم عليه بشهادتهم . [7] فإذا كان كذلك

---

359 (١) ساقط من ف .
(٢) ساقط من ل .
(٣) بمعنى يكتفى .
(٤) ل : بين يدى .
(٥) ل : فى ثبوته .
(٦) ل : وكذبه .

390 (١) ساقط من ل .
(٢) كذا فى الأصل .
(٣) ل : الشهود .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ل .
(٦) ل : إلا أنه .

قلنا إن[٧] هذه الألفاظ كلها قد انتظمت الإقرار بنفس الحق المشهود به ، إذ لا يكون الشاهد عدلا[٨] فيما يشهد به إلا والمشهود به ثابت على المشهود عليه . وكذلك قوله : [٩]شهدا علىّ بالحق ، لا يشهدان عليه بالحق إلا والحق ثابت عليه . وكذلك قوله : الذى شهدا به من الشهادة حق ، لا يكون ذلك حقاً إلا بعد الثبوت . وكذلك إذا قال : صدقا فيما شهدا به . وكذلك إذا قال : هما صادقان فى شهادتهما التى شهدا بها علىّ ، لا يكونان صادقين فى الشهادة التى شهدا بها عليه إلا والحق ثابت عليه . فإذا كان كذلك قلنا فى هذه الألفاظ كلها : يلزمه الحق بإقراره[٩] .

361 فصـــل[١]

قال : { ولو قال قبل أن يشهدوا عليه : هم عدول ، فلما شهدوا عليه أنكر ما شهدوا به عليه وقال للحاكم : سَلْ عنهما ، فإن القاضى لا يُنفذ ذلك عليه ويسأل عنهم . فإن عُدّلوا أنفذ شهادتهم } ، لأن التعديل للشهود لا يقع بقول المشهود عليه سواء كان ذلك قبل الشهادة أو بعدها لِما بينا . فإذا كان كذلك ولم يظهر من المشهود عليه لفظ ينتظم الإقرار // [ل ٩٠ ب] بالحق إذ كان قوله هم عدول ليس فيه إقرار بالحق لأنه لم يقل : هم عدول فيما شهدوا به علىّ ، وإنما قال : هم عدول ، ويجوز أن يكونوا عدولا إلا فيما شهدا[٣] به عليه

---

(٧) ل : وإنما يحكم عليه بالإقرار لأن .

(٨) ساقط من ل .

(٩) ل : هم عدول جائزو الشهادة لى وعلى . بعد ما شهدوا به اعترف بالحق . لأنه لم يكن الشهود عدولا بهـا [؟] ولا جائزى الشهادة فيما شهدوا به إلا والمشهود به ثابت على المشهود عليه . وكذلك سائر على هذا [؟] .

361 (١) ساقط من ل . (٢) ل : فيما .

(٣) ل : يشهدان .

وإنما غلطا عليه . فإذا كان كذلك لم يلزمه بهذا القول شيء . قال[٤] : { وكذلك لو شهدوا ثم عدّل بعد الشهادة أحد الشهود وقال للقاضي : قد غلط عليّ ووهم[٥] ، فإن القاضي لا ينفذ عليه شهادة هذا وحده ولكنه يسأل عن الآخر فإن عُدل أنفذ ذلك عليه } ، ولا يلزم المطلوب بتعديله أحدهما ذلك الشيء المشهود به لأن تعديله للشاهد لم يصح على ما بينا ، ولم يكن فى لفظه ما يوجب الإقرار بالحق فلا يلزمه شيء . قال : { وإن شهدوا عليه فقال بعد ما شهدوا : الذى شهد به فلان على حق ، أو قال [٦] هو الحق [٦] ألزمه ذلك ولم يسأل عن الآخر } ، وهذا على ما بيناه من أن هذا إقرار يتضمن الحق . قال : { ولو قال ذلك قبل أن يشهدا عليه بالحق ، فلما شهدا عليه قال للقاضي : سل عنهما فإنهما شهدا عليّ بباطل وما كنت أظنهما يشهدان عليّ بما شهدا ، فإن القاضي يسأل عن الشاهدين ، فإن عُدلا أمضى الشهادة وإن لم يُعدَّلا لم يُنفذها } . وذلك أن هذا وإن قال : ما يشهدان به عليّ فهو حق ، فإن هذا[٧] إذا كان قبل الشهادة لا [٨]يجوز أن[٨] يكون إقراراً[٩] // [ف ٩٥ أ] .

362 باب الملازمة فى الدّين[١]

ذكر { حديث الزهرى عن عبد الله بن كعب بن مالك [٢]عن أبيه[٢] ، أنه تقاضى ابنَ أبي حدرد ديناً له عليه فمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم

(٤) ساقط من ف .
(٥) ف : واوهم . (٦) ل : هذا يستحق .
(٧) مزيد فى ل هنا : مثل الشهادة فإنه .
(٨) ساقط من ف .
(٩) مزيد هنا فى ل فقط فقرة غير مقروءة تماما ، والظاهر أنها تختص بتعلق الإقرار بالشهادة .

362 (١) السياق فى مخطوطة ف ينتقل من ٦٩ أ إلى ٧٩ ب ، ويظهر أن عشر ورقات قد استبدلت مكانها . (٢) ساقط من ل .

وهو يلازمه[٣] فى المسجد فقال : ما لكَ يا كعب ، قال : يا رسول الله ، دَين لى على هذا ، فأشار إليه النبى صلى الله عليه وسلم أن ضَعْ عنه[٤] الشطر ، قال : قد فعلتُ يا رسول الله ، قال : قم فأدِّ إليه حقه ،][٥] . قال الشيخ رحمة الله عليه : قد انتظم هذا الحديث على فوائد خمس : أحدها[٦] ثبوت ملازمة //[ل ٩١ أ] الطالب للمطلوب لأن النبىّ عليه السلام لم ينكر عليه ملازمته وأقرّه عليها ، والثانى [٧]جواز الملازمة فى المسجد[٧] إذ النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك عليه ، والثالث أن الإشارة تقوم مقام اللفظ فى مثل هذا إذا فهم معناه إذ النبى صلى الله عليه وسلم لم يلفظ الحق وإنما أشار إليه بذلك فقامت الإشارة مقام اللفظ به ، والرابع أن قوله : قد فعلتُ إذا خُرّج مخرج الجواب فإنه يقوم مقام قوله : قد برأت إليه منه ، إذ الرجل لم يلفظ بالبراءة وإنما قال : قد فعلت ، والخامس أن البراءة لا تحتاج إلى القبول من المُبرَأ[٨] منه فى جوازها إذ ليس فى الخبر قبول المطلوب للبراءة ، وكان ذلك صحيحاً مع عدم القبول . وذكر أيضاً حديث الزهرى عن عبد العزيز بن عمر عن ابراهيم بن حوشب[٩] عن خاله معمّر عن حِسل بن خارجة الأشجعى . كذا قال الخصاف ، وقال بعض مَن له معرفة بالحديث : هو حسيل . قال الشيخ : يجوز هذا أيضاً لأن حُسيل هو تصغير حسل . قال : « لمّا أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغزو خيبر لم يبق أحد من اليهود بالمدينة له دَين على أحد من المسلمين إلا لزمه . وكان لرجل من اليهود على درهمان[١٠] — يعنى حسيل بن خارجة — فاستعدى اليهودىُّ علىّ رسول الله فقال : الزمه

---

(٣) ف : ملازمه . (٤) ف : عنك .

(٥) انظر بخارى ، صلاة ، ٧١ ، ٨٣ .

(٦) ف : أولها : والصواب إحداها .

(٧) ف : أن الملازمة فى المسجد جائزة .

(٨) ف : المبرى . (٩) ل : حويصة ؟

(١٠) ف : درهما .

حتى يؤدى إليك حقك . قال : فعمدت إلى سقيفة[١١] كانت لى فأدخلتها السوق فبعتها بستة دراهم فقضيته[١٢] درهمين وخلّفت عند أهلى درهماً[١٣] وتزودت بدرهم واشتريت شملة بدرهمين ، فلبستها ، فبينما نحن نسير مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ليلة مقمرة وهو خلفى يسير[١٤] وأنا لا أعلم به إذ نظر إلىّ فى القمر وعلىّ الشملة كأنها شمس ، فقال : ما هذا يا حُسيل ، فقلت : يا رسول الله ، شملة اشتريتها . ثم أخبرته بخبرى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت والله وأصحابك من المهاجرين الذين يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف . ثم قال عليه السلام : اللهم إنهم عالة فأغْنهم ، وحُفاة فاحملهم ، وعراة فاكسهم . قال : فما رجع منا أحد إلا ومعه بعيران أو ثلاثة // [ف ٧٩ ب] ومن[١٥] الطعام والتمر حملان[١٦] أو ثلاثة ومن الكسوة والأثاث والخُرثى"[١٧] [١٨]سوى سهامنا كثير "[١٨] . وأورد الخصاف هذا الخبر لإثبات ملازمة الطالب للمطلوب ، وهو أصل // [ل ٩١ ب] فيه[١٩] ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر اليهودى بملازمة حُسيل بن خارجة . وذكر حديث الهرماس بن حبيب عن أبيه عن جده قال " أتيت رسول الله بغريم لى فقال لى : الزمْه ، ثم قال لى : يا أخا بنى تميم ، ما تريد أن تفعل بأسيرك ؟ "[٢٠] فأثبت عليه السلام حق الملازمة للطالب على المطلوب فى هذا الخبر أيضاً .

---

(١١) أى لوح عريض من الخشب .

(١٢) ف : فقبضته .

(١٣) ف : درهمين .

(١٤) ساقط من ف .

(١٥) ساقط من ف .

(١٦) ف : تمار .

(١٧) ف : والحراب .

(١٨) ف : شىء كثير . هذا الحديث لم يرد فى ونسنك ، إنما ورد حديث مشابه بإسناد آخر عن عبد الله بن عمرو يتعلق بيوم بدر وقد ورد فى أبى داود ، جهاد ، ١٤٩ .

(١٩) ساقط من ل .

(٢٠) قابل أبا داود ، أقضية ، ٢١ ، ٢٩ .

363 باب من القضاء — ما ينبغي للقاضي أن يعمل به

قال : [وينبغي للقاضي أن يشرف على كاتبه (١وأصحاب مسائله١) وأمنائه ويتفقّد أمورهم ويحاسب الأمناء على ما يتولون في كل سنة وعلى ما يجري على أيديهم ويقتصد في إجراء الأرزاق عليهم] ، وذلك لأن الكاتب والأمين وإن لم يجز للقاضي أن يتخذ إلا (٢ أمناء ثقات٢) فإنه لا يطلع على ضمائرهم(٣) فالأجود أن يشرف (٤عليهم وإن كانوا أمناء٤) في الظاهر احتياطاً لأموال الناس ، ويحاسبهم في كل سنة لكي لا يضيّعوا (٥شيئاً من٥) أموال الناس .

364 قال : [وما كان من مال يتيم له وصيّ أقره في يدَي وصيه ، وإن لم يكن له وصي اختار له(١) من قرابة اليتيم وأهل بيته لأنهم أرفق بالصبي وأشفق (٢على ماله٢) من غيرهم . فإن لم يكن من أهل بيته من يصلح لذلك فمن جيرانه ، فإن لم يجد ذلك فيهم اختار من غيرهم من يثق به فوصاه على اليتيم وأشهد له بذلك] . أما جواز نصب القاضي الوصي لليتيم فلأن له ولاية على اليتيم وعلى الميت فجاز له أن ينصب وصياً كما كان للأب (٣أن ينصب له وصياً٣) . وأيضاً فإن كل (٤من ينصب شيئاً٤) بنفسه على الغير فإنه يجوز له التوكيل به ، ووصيّ القاضي ها هنا بمنزلة وكيله . وأما الإشهاد على الوصية إليه والاحتياط لأمر الوصيّ لأنه يجوز أن يموت القاضي أو يُعزل فيبلغ اليتيم ويُنكر وصية الوصي ، فإذا لم يكن للوصي بينة على (٥ أن القاضي

---

363 (١) ف : وأصحابه . (٢) ف : أمينا ثقة .
(٣) ف : ضميره . (٤) ف : عليه وان كان أمينا .
(٥) ساقط من ف .

364 (١) ساقط من ل . (٢) ف : لماله .
(٣) ل : ذلك . (٤) ل : ملك شيئا .

جعله وصياً[٥] كان لليتيم أن يضمّنه ما تصرّف فيه من ماله ، فاحتاط له بالإشهاد وتحرّز به من ضمان يلحقه من جهة اليتيم .

365 قال : { وإن أجرى عليه رزقاً لذلك } — يعنى القاضى أجرى على الوصى رزقاً من مال اليتيم لأجل الوصية — { أشهد له بالرزق الذى[١] يُجريه عليه ليكون له حجة فيما يقبض من أرزاقه } . [٢]وإنما جاز للقاضى أن يعطى الوصى رزقاً من مال اليتيم[٢] لأن له أن يستأجر على[٣] اليتيم [٤]ليحفظ به ماله[٤] ، فكذلك // [ل ٩٢ أ] له أن ينصب له[٥] وصياً [٦]بأجر من مال[٦] اليتيم . وأما الإشهاد على الرزق فهو للاحتياط // [ف ٨٠ أ] لئلا يجحد ذلك اليتيم بعد بلوغه [٧]فيطالب الوصى بما قبض من ذلك[٧] .

366 قال : { وإذا جعله القاضى وصياً لليتيم جاز له من التصرف فى مال اليتيم ما يجوز للوصى [١]من قِبل الأب[١] } لأنه قد جعل إليه جميع ما كان إلى وصى الأب ، والقاضى يملك هذا بنفسه[٢] فله أن يجعله إلى غيره .

367 فصــــل[١]

قال : { فإن لم يجعله وصياً له ولكنه جعله حافظاً لماله يزرع ويؤاجر ضياعه ودوره وغلاّته ويبيع[٢] ما كان له من غلة أشهد له أيضاً على ذلك

---

(٥) ف : وصية القاضى .

365 (١) ف : والذى .

(٢) ف : وأما جواز أرزاله على الوصى .

(٣) ل : على مال .

(٤) ل : من يحفظه من مال اليتيم .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ف : بالأجر على .

(٧) ساقط من ف .

366 (١) كذا فى ج فقط .

(٢) ساقط من ل .

367 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : ويبتغى .

ولم يجز له التصرف إلا فيما وكله به القاضى } . (٣) أما الإشهاد فللاحتياط الذى ذكرنا(٣) . وأيضاً فإن القاضى ينبغى له أن يحاسب الوصى أيضاً فيما (٤) يتصرف فيه(٤) من مال اليتيم كما قلنا فى سائر الأمناء ويطالبه بإقامة البينة على ما تصرف إذا اتهمه ، فينبغى للوصى أن يحتاط ويُشهد عليه ليكون له حجة عند المطالبة . وأما اقتصار التصرف على ما وُكّل به دون غيره فلأن هذا بمنزلة الوكيل لأنه يتصرف فيما جُعل إليه فى حال حياة الآمر فصار مثل الوكيل والموكّل . ولو كان مثل وصى الميت ما جاز تصرفه إلا بعد موت الآمر كما قلنا فى وصى الميت . (٥) فإذا كان كذلك لم يجز تصرفه إلا فيما خصه به القاضى كالوكيل . وأما وصى الأب فإنه(٥) إذا ثبت له التصرف فى بعض المال من جهة وصية الميت صار وصياً فى جميع المال : (٦) قال الشيخ(٦) : وهذا قول أبى حنيفة وليس هذا موضع الكلام فيه .

368 قال(١) : { وينبغى للقاضى أن يقرض أموال اليتامى قوماً ثقات } ، وليس القاضى فى هذا كالأب والوصى والمُكاتَب والمأذون (٢) فإنه لا (٢) يجوز قرض واحد من هؤلاء للمال الذى فى يده وإن جاز تصرفهم على العموم ، كما لا تجوز هبتهم ، والقاضى يجوز قرضه وإن لم تجز هبته لأن قرضه لمال اليتيم غَيْرَه(٣) حكم عليه ، كما كان سائر تصرفه فى مال (٤) اليتيم وفى أموال الناس(٤) على وجه الحكم . فإذا كان قوله على الغير(٥) مقبولا فله أن يقرض

---

(٣) ف : فينبغى للوصى أن يحتاط فى ذلك ويشهد عليه لكى إن جحد اليتيم بعد البلوغ أقام البينة عليه بذلك .

(٤) ف : يصرف . (٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ل .

368 (١) ساقط من ف . (٢) ف : ولا .

(٣) ساقط من ل . (٤) ف : الغير .

(٥) ل : وجه الغير .

مال اليتيم غيرَه . (٦ وأيضاً فإن للقاضى أن يحفظ مال اليتيم على أوثق ما يكون ، وهو إذا قرضه لإنسان ثقة فقد أحرزه وحفظه حفظاً حريزاً ، فقد أمن هلاكه ، فينبغى أن يجوز(٦) . ولا يشبه القاضى فى هذا غيره من الأولياء لأن غيره إذا أقرضه لم يمكنه إثباته على المستقرض عند الجحود إلا ببينة أو ما يقوم مقامها ، والقاضى قوله حجة على المقرَض بأن له عليه هذه الدراهم فلذلك جاز // [ل ٩٢ ب] قرض القاضى ولم يجز قرض غيره من الأولياء . وأيضاً فإن القاضى لمّا كان قوله مقبولاً على غـــيره وكان (٧فى إقراض مال اليتيم أحوط(٧) لأنه لو أودعه كان القول فيه قول المودَع أنه قد هلك // [ف ٨٠ ب] ولم يقدر القاضى أن يُلزمه شيئاً منه ، (٨وإذا أقرضه غيره لم(٨) يبرأ المستقرض من الضمان بهلاكه ويلزمه المـال بقول القاضى إن لليتيم عليه كذا وكذا درهماً . فإذا كان كذلك فالقرض أحوط لمـال(٩) اليتيم إذا أقرضه القاضى ، وأما غيره فليس يوجد فيه هذا المعنى لأن قول غير القاضى لا يُقبل على غيره فلا يكون (١٠فى إقراض المـال احتياط لليتيم(١٠) إذ كان قول المقرِض غير مقبول على المستقرض كما لا يُقبل قول المودِع على المودَع .

369 مســـئلة(١)

قال : { فإذا ثبت لرجل عند القاضى حق(٢) بشهادة شهود عدول عنده فإنه ينبغى له أن يُعلم ذلك الخصم المدعى عليه . فإن أتاه من ذلك بمخرج

---

(٦) ساقط من ف .

(٧) إقراضه من مال اليتيم أولى أحوط .

(٨) ل : جاز له قرضه لأنه لا . (٩) ساقط من ف .

(١٠) ف : إقراض المال أحوط للصبي .

369 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف .

قَبِلَ ذلك منه ، وإن لم يأت بمخرج ولا حجة وقد ضرب له أجلا — يعنى لإثبات الحجة — وسأله الطالب أن يحكم عليه ويسجل له بذلك سجلا فعل ذلك وكتب السجل نسختين ، إحداهما يدفعها إلى الطالب والأخرى يجعلها[٣] فى ديوانه [. أما إعلام القاضى المدعى عليه بما طلب منه الطالب فلأنه[٤] يجوز أن يدلى المدّعى عليه بحجة يدفع بها الخصومة عن نفسه ، ولا يجوز أن يحكم عليه بغير إعلامه . وهـــذا معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم لعلىّ رضى الله عنه « لا تقضين»[٥] لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر »[٦] .
وأما تسجيله بذلك فلأنه إذا لم يأت المدّعى عليه بحجة لم يكن بد من أن يقضى للطالب ويبين فى[٧] السجلات أن[٧] المطلوب على حجته متى ما أتى قُبلت منه .
وأما كَتْبُه السجل نسختين فلأن الطالب لا بدّ له من نسخة تكون حجة فى يده ونسخة فى يدَى القاضى تذكره بما قضى به . وأما جعل نسخة القاضى فى ديوانه دون أن يدعها[٨] على يدى عدل فلأنه [يجوز أن يموت العدل أو يغيب أو يحدث به حادثة فلا يقدر القاضى على أخذها منه عند الحاجة إليها[٩] ، ولا يأمن أيضاً من حِيَل[١٠] العدل عليها فيبيعها من المطلوب أو نحو ذلك مما يوجب ضرراً على الطالب . وأما إذا كانت فى ديوانه فهو آمن من هذه الجهات كلها ، فلذلك كان كونها فى الديوان أولى . قال الشيخ : وهذا محمول على ما شاهدوه من القضاء فى عصرهم[١١] وأما اليوم فكونها فى يدى العدل [١٢]إذا كان ثقة[١٢] أولى من //[ل ٩٣ أ] كونها فى ديوان القاضى لأنه بلغنى أن هؤلاء [١٣]يبيعون سجلات الناس وصكاكهم[١٣] .

---

(٣) ساقط من ل . (٤) ف : فلا .
(٥) ف : تقض .
(٦) انظر ابن حنبل ، ج ١ ، ص ١١١ .
(٧) ساقط من ل . ٨ ف : يضعها .
(٩) ساقط من ف . (١٠) ف : قبل .
(١١) ف : عهدهم . (١٢) ساقط من ف .
(١٣) ف و ج : سجلات وصكا لهم .

370 قال : { وإذا ثبت عنده بإقرار من المطلوب حق[١] ، وسأل القاضى[١] الطالبُ إنفاذ ذلك عليه ، أعلم أيضاً المطلوبَ أنه يحكم عليه } كما قلنا[١] فى الحكم بالشهادة . قال : { وكذلك كل حق ثبت عنده فينبغى له أن يُشهد لصاحبه على ذلك إذا طلب ذلك ويحكم له } لما بينا فى الفصل الأول من إثبات // [ف ٨١ أ] الحق بالبينة أنه ينبغى له أن يُعلم المطلوب بذلك حتى يدلى بحجته ثم يحكم عليه إن لم يأت بحجة يدفع بها عن نفسه الخصومة .

371 قال : { وإن رأى أن يسمى الشهود فى القصة[١] سماهم } لأنه يكون أوثق[٢] وأبعد للتهمة عن القاضى . فإن قيل : إذا لم يسمهم[٣] يكون أحوط للطالب لأنه يجوز أن يكون قد حكم بشهادة شهود لم تجز شهادتهم عند قاض مولّى بعد عزل هذا ، قيل له : هذا فاسد ، لأن هذا القاضى لا يجوز أن يحكم بشهادة شهود لا تجوز شهادتهم عند حاكم من الحكام [٤] فى تلك القصة [٤] فلا معنى لهذا الاعتبار . وكذلك لو كان الحق المحكوم به قوَداً أو قِصاصاً أو حداً أو غير ذلك من حقوق الله تعالى وثبت ذلك بإقرار أو بينة عادلة فإن القاضى يُنفذ ذلك الحكم على المطلوب ويُشهد على ذلك أنه حكم عليه بذلك ببينة أو بإقرار على حسب ما ثبت به الحق ، ثم يُقيد[٥] بعد ذلك أو يقتص منه أو يحده ، لأنه لا يأمن أن يُعزل فيُنكر[٦] المطلوب أنه أمضى ذلك عليه على وجه القضاء ، فيقدّمه إلى قاض آخر لا يرى قبول قول المعزول فيما أمضاه من الحكم فيأخذه بذلك ويُلزمه إياه . فإذا أشهد على ذلك فى حال القضاء أقام البينة بذلك عند جحود المطلوب ، فلا يلزمه شىء مما أمضاه من الحكم .

---

370 (١) ساقط من ف .

371 (١) ف : العصبية . (٢) ف : أتقا .
(٣) ل : يسم . (٤) ساقط من ف .
(٥) ل : ينفذ . (٦) ف : فأنكر .

372 مسـألة

قال[١] : { وإذا أراد القاضى [١]أن يحكم لرجل[١] بشىء ثبت عنده وأن يسجل له سجلا أخرج محضره إن كان ببينة أو بإقرار ثم أنشأ السجل على المحضر ، وحكى فى السجل ما ثبت عنده للطالب وما أدلى به المطلوب من حجة إن كان أدلى بشىء له تخرج من بعض ما ثبت عليه ، وعرض نسخة السجل[٢] مرة بعد أخرى حتى لا يكون فى نسخه[٣] خلل } . وإنما ينشىء السجل على المحضر لأن المحضر هو الكتاب الذى يكتبه الكـتّاب عند سماع البينة وإثبات حق الطالب على المطلوب ببينة أو إقرار عند القاضى قبل أن يقضى[٤] به فيكتب فى المحضر ما جرى // [ل ٩٣ ب] من الدعوى وسماع البينة [٥]ثم ينشىء[٥] السجل بعد القضاء على ذلك المحضر بأنى قد حكمت لفلان على فلان بكذا وكذا .

373 مسـألة[١]

قال : { وإذا قال القاضى : إن فلاناً هذا أقرّ عندى [١]أن لهذا الرجل[١] كذا وكذا ، أو أقر أنه قتل فلاناً ولىّ هذا عمداً أو قال خطأ ، أو أقر له بحق من الحقوق ، فإن القاضى مصدّق فى ذلك مقبول قوله وينفذ القضاء على ما عنده من الحق } . قال الشيخ[٢] : وهذا قول أبى حنيفة وأبى //[ف٨١ب] يوسف ، وأما فى قول محمد فإنه لا يحكم عليه بعلمه[٣] دون أن يشهد معه[٤] غيره . وقد بينا هذه المسئلة فيما تقدم . والنكتة فى هذا أن القاضى لو لم يجز

---

372 (١) ساقط من ل .
(٢) مزيد هنا فى ل : وتقدير ذلك .
(٣) ل : سجله .
(٤) ل : قبض .
(٥) ل : من .

373 (١) ساقط من ل .
(٢) ف : رحمه الله .
(٣) ل : بعمله .
(٤) ل : عليه .

قضاؤه بعلمه لم يجز الاقتصار على قاض واحد حتى يُضَمّ إليه قاض آخر ، كما قالوا فى الشاهد لمّا لم يقتصر فى القضاء على قوله لم يجز الاقتصار على شهادة رجل واحد حتى يُضم إليها شهادة آخر ، فلما اتفق الجميع على جواز القضاء بقاض واحد دون انضمام آخر إليه ثبت أن له أن يحكم بعلمه . وأيضاً كما جاز أن يسجل وحده ويُنفذ القضاء وحده لوقوع العلم بثبوت الحق فى الظاهر كذلك مسئلتنا مثله . (٥وذهب محمد٥) إلى أن هذا كان للنبى صلى الله عليه وسلم خاصة ، وأما غيره فلا يجوز أن يُصدَّق على غيره . وكذلك قالوا فى جميع الحقوق على الاختلاف الذى بينا غير الحدود مثل الزنا والسرقة وشرب الخمر ، فإن المدّعى عليه فى هذا إذا جحد ما قال القاضى وكان ذلك بإقرار من المدّعى عليه قُبِل رجوعه(٦) بأنى ما قلت،(٧) . وأما إذا كان ثبوته ببينة فإن قول القاضى نافذ عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف كما قالا فى سائر الحقوق . وأما إذا كان ذلك بإقرار (٨من المدّعى عليه٨) فإنما يُقبل رجوعه لأن المقر بالحد فى الزنا والسرقة وشرب الخمر يُقبل رجوعه فيه . فمسئلتنا مبنية على هذا الأصل ، فلما جاز رجوعه فى هذه الحدود قبلنا قوله بأنى لم أُقِرّ ها هنا ، وإن لم يُكذّب القاضى ، كأنه قال بين يدى القاضى : إنى زنيت ، ثم قال : لم أزنِ ، فإنه يُقبل رجوعه ، ولا شىء عليه . كذلك هذا . وأما إذا كان ذلك ببينة فإن الحدود لا تسقط بجحود المشهود عليه . فلذلك لم يسقط ها هنا أيضاً على قولهما إذ قول القاضى مقبول عندهما ، فصار كأن البينة شُهدت(٩) فى هذه الحال بمحضر من الناس . // [ل ٩٤ أ] .

---

(٥) ف : وأما محمد فانه ذهب . (٦) ف : وقوعه .

(٧) ل : قتلت . (٨) ساقط من ل .

(٩) مزيد فى ل هنا : كلام الخصوم ترجم .

374 مسألة

قال : { وإذا لم يفهم القاضى كلام الخصوم ترجم[١] عنهم رجل ثقة ، والاثنان أفضل } . وهذا قول أبي حنيفة . وقال محمد : لا تُقبل حتى يكونا رجلين أو رجلا وامرأتين كما تُقبل فى الشهادات . وذهب أبو حنيفة إلى أن هذا يجرى مجرى أخبار الديانات ، فيُقبل فيه خبر الواحد إذا كان عدلا ، كما قال فى تزكية السر "[٢]أنه يُقبل فيه خبر الواحد[٢]" . وهذه المسائل مثل تلك . وقد بينا الكلام فيها والخلاف فيه .

375 مسألة[١]

قال : { وإشارة الأخرس إذا كانت مفهومة قامت مقام الكلام فى الدعاوى } لأن الكلام منه مأيوس ، وهو مأخوذ [٢]فى حقوق[٢] بنى آدم فلا بد // [ف ٨٢ أ] من أن يقيم مقام الكلام ما يُفهم[٣] عنه كما قلنا فى الإقرار والبياعات وغير ذلك من الحقوق التى تثبت بينه وبين سائر الناس . وليس هذا كالحدود لأن إقامة الحدود حق لله تعالى وتسقط بالشبهة، فلا يجوز إقامتها بالإشارة كما لا يجوز إقامتها بالكنايات .

376 مسألة

قال : { وإذا أودع القاضى مال اليتيم صيرفياً أو تاجراً فجحد أو مات وتَوِىَ[١] المال لم يلزمه شىء } لأنه لم يتعد فى إيداعه ، إذ كان له أن يودعه كالوكيل بذلك — إنه لا يجب عليه شىء إذا تَوِىَ المال — كذلك هذا .

---

374 (١) ف : يترجم . (٢) ساقط من ل .

375 (١) ساقط من ل . (٢) ل : بحقوق .

(٣) ف : يعلم .

376 (١) أى هلك .

وإنما كان له أن يودعه كما أن له أن يتصرف فيه ويقرضه ويبيعه وكذلك كان له أن (٢)يودعه قياساً على المالك(٢) .

377 مسـألة(١)

قال : { ولو أن القاضى أقر عنده رجل بحق من الحقوق فأثبت ذلك فى ديوانه ثم عُزل ذلك القاضى عن القضاء ثم وُلى بعد ذلك ثانية فقدّم الطالب المقرّ إلى القاضى فى ذلك الحق فأنكر المطلوب ذلك الحق عند القاضى ، فإن كان القاضى يذكر الإقرار أنفذه عليه(١) وألزمه إياه ، وإن كان لا يذكر الإقرار لم يُنفذه ولم يحكم به عليه } لأن القاضى لمّا عُزل صار فى الإقرار الذى سمع من المقر كالشاهد ، والشاهد لا يجوز له أن يشهد على الخط (٢)من غير أن يذكره(٢) . كذلك القاضى لا يجوز أن يحكم على خطه الذى وجده فى ديوانه ما لم يذكر الإقرار . (٣)قيل للشيخ : فإن كان هذا قبل العزل ، هل يجوز أن يحكم على ما وجده فى ديوانه إذا لم يذكر الإقرار ؟ فقال : حتى تجىء المسئلة فإن فى هذا خلافاً بين أصحابنا(٣) .

378 قال : { فإن كان القاضى قد حكم لإنسان على رجل بحق من الحقوق ثم عُزل ثم ولى ثانية فقدّم الطالب(١) الذى حكم له المحكوم عليه إلى القاضى بعد ولايته الثانية فجحد المحكوم عليه ، فإن كان // [ل ٩٤ ب] هذا القاضى يذكر تلك القضية أنه قضى بها ، أنفذها عليه وألزمه إياها } . وهذا قول أصحابنا غير أبى حنيفة ، فإنه قال : إنما القاضى فى هذا بمنزلة الشاهد على

---

(٢) ل : يقرضه كالمالك .

377 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .
(٣) ساقط من ل .

378 (١) ف : القاضي .

الإقرار الذى أقر به الرجل ، وأما القضية فإنه يُنفذها ويكون شاهداً على فعله . قال [٢]أبو بكر[٢] : لم يختلفوا أنه إذا لم يذكر الإقرار الذى أقر به الرجل[٣] فى حال ولايته الأولى أو القضية التى حكم بها فى تلك الحال أنه لا يجوز أن يحكم به لوجود الخطأ بذلك فى ديوانه ، وإنما اختلفوا فيما يذكر من الإقرار الذى ثبت أو القضية التى وقعت فى حال ولايته الأولى . فقال أبو حنيفة : لا يحكم بذلك الإقرار ولا بتلك القضية [٤]وعند أبى يوسف ومحمد[٤] يقضى بهما // [ف ٨٢ ب] جميعاً إذا ذكرهما . أما أبو حنيفة فلأن من أصله[٥] أن القاضى لا يجوز له أن يحكم بما قد علم قبل قضائه[٦] أو فى غير ولايته ، وقد بينا هذه المسئلة فيما تقدم . وهذه مبنية على تلك ، لأنه لمّا عُزل صار كواحد من الناس ، فلما ولى صار بمنزلة رجل علم بحق الإنسان ثم ولى ، فليس[٧] له أن يقضى بذلك عنده . كذلك هذا . إلا أنه يفرق بين الإقرار وبين القضية فى مسئلتنا لأنه لمّا عُزل صار بمنزلة الشاهد فى الإقرار ، لو ضم إليه شاهداً آخر لقُطع الحكم بشهادته وشهادة الآخر عند قاض [٩]آخر . وكذلك لو وُلى فشهد به مع آخر [عند][٨] قاض[٩] من القضاة أنفذ الحكم بذلك . أما فى القضية التى قضى بها فلا يجوز أن [١٠]يكون شاهداً فيها[١٠] لأن القضية فعله ، والإنسان لا يكون شاهداً على فعله وإنما يكون شاهداً على فعل غيره[١١] فلا يجوز أن يحكم بتلك القضية هو ولا غيره حتى يشهد عليها شاهدان . ففارق الإقرار القضية من هذه الجهة . فلا يجوز لقاض[١٢] آخر أن يحكم بإقرار هذا على القضية وإن ضم إليه شاهداً آخر ، وجاز فى الإقرار بالحقوق وأن يحكم بقوله مع شاهد آخر كما بينا .

---

(٢) ف : رحمه الله .
(٣) ف : المقر .
(٤) ف : وعندهما .
(٥) جمع أصل .
(٦) ل : ولايته .
(٧) ف : لم يكن .
(٨) فى ل فقط : قد
(٩) ساقط من ف ، ج .
(١٠) ل : يحكم بتلك القضية .
(١١) ل : الإنسان .
(١٢) ساقط من ل .

379 باب القاضى يقضى بعلمه[1]

ذكر { حديث ابن سيرين أن رجلا خاصم إلى شُرَيح فسأله البينة ، فقال له الرجل : يا أبا أمية أنت تشهد لى ، فقال له شريح : اذهب إلى الأمير[2] فخاصم إليه حتى أجيء فأشهد لك } . أفادنا هذا الخبر أن من مذهب شريح أن القاضى لا يقضى بما // [ل ٩٥ أ] علمه وحده ، ويجوز أن يكون هذا فيما قد علمه قبل القضاء [3] ثم ولى القضاء[3] كما قال أبو حنيفة رضى الله عنه . وحديث ابن أبى ليلى عن أبى إسحق أن شريحاً قضى بشهادة رجل واحد وقد كان علم منه علماً . ظاهر هذا الخبر أن من مذهبه جواز القضاء بعلمه إذا انضم إليه شاهد آخر ، إلا أنه لم يبين هذا مما كان قد علمه قبل القضاء أو بعده . وأبو حنيفة يقول بخلاف هذا فيقول : إن كان هذا مما قد علمه قبل القضاء لم يجز أن يقضى به حتى يشهد به شاهدان لأنه ليس لعلمه تأثير إذا كان هو المنفذ للحكم ، ولو كان غيره يُنفذ الحكم بشهادته مع شاهد آخر إذ كان ذلك عنده يجرى مجرى الشهادة ، وإن كان هذا قد علمه فى حال القضاء قضى بعلمه وحده ولا يحتاج إلى شهادة غيره .

380 مسـألة[1]

قال : { ولو أن رجلا تقدّم إلى القاضى ومعه رجل فقال للقاضى : إنك // [ف ٨٣ أ] قضيت لى على هذا الرجل بكذا وكذا من المال

---

379 (١) عنوان هذا الباب فى مخطوطة ل متأخر قدر عشرة أسطر من المخطوطة . أما فى ف وج فهو كما هو مثبت .

(٢) ف ، ج : الأمين . (٣) ساقط من ل .

380 (١) عنوان هذا الباب ، أى القاضي يقضي بعلمه ، يرد هنا في مخطوطة ل . انظر ملاحظة ١ فقرة 379

(٢)أو قضيت لى عليه بضيعة كذا أو غير ذلك من الحقوق فلم يذكر القاضى ذلك(٢) فأقام عنده شهوداً عدولا فشهدوا عنده أنهم أشهدهم أنه قضى لهذا المدّعى على هـذا الرجل الذى معه بالحق الذى ادّعاه ، فإن الحسن بن زياد وبشر بن الوليد رويا عن أبى يوسف أنه قال : لا ينفذ القاضى ذلك ولا يحكم به لأنه لم يذكره . وقال إسماعيل بن حماد عن أبى حنيفة : أما أنا فأقبل(٣) الشهادة وأُنفذها وأجيز تلك القضية ، ووافقه على ذلك ابن سماعة [. ولم يذكر قول أبى حنيفة ولا قول محمد . قال أبو بكر(٤) : أما مذهب أبى حنيفة فظاهر أنه لا يحكم بغير علمه وإن شهد عليه الشهود كما قالوا فى الشهادة إذا نسى الشاهد الشهادة فشهد شاهدان أن فلاناً أقر عندك بهذا وأشهدك على إقراره لم يسعه أن يشهد بذلك ما لم يذكر هو بنفسه الإقرار لقوله تعالى ﴿ إلا مَن شَهِدَ بالحقّ وهم يعلمون ﴾(٥) (٦)وهذا ظاهر يمنع جواز الشهادة فيما لا يعلمه الشاهد(٦) . وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى الشهادة « إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدَعْ »(٧) . وأما ابن سماعة وإسماعيل بن حماد فإنهما ذهبا إلى أنهم قد اتفقوا على أنه لو رُفعت(٨) إليه قضية قاض آخر فشهد بها شاهدان على إمضائها إن لهذا أن يُنفذ القضية وإن لم يعرف ذلك إلا بشهادة هذين ، وكذلك قضيته هو مثل هذا . والجواب // [ل ٩٥ ب] عن هذا أن الشهادة على تلك القضية شهادة على فعل الغير لجاز له أن يحكم بها ، وهذه القضية فعله فالشهادة على فعله بنفسه لا يجوز أن يحكم بها(٩) ما لم يعلمه هو بدلالة ما ذكرنا

---

(٢) ساقط من ل .

(٣) ف : فأرى قبول .

(٤) ل : الشيخ .

(٥) سورة الزخرف ، ٤٣ : ٨٦ .

(٦) ساقط من ل .

(٧) لم يرد هذا الحديث فى ونسنك ، مخطوطة ف تثبت الحديث هكذا « إذا رأيتم مثل هذا الشمس فاشهدوا وإلا فلا » . وفى كنز العمال ، ج ٧ ، ص ١٣ : « هل ترى الشمس على مثلها ، فاشهد أو دع » .

(٨) ف : دفعت .

(٩) ل : به .

من الشهادة . قال : { ولا يشبه هذا ما فى ديوان القاضى ما لا يذكره } . قال الشيخ : وهذا قول أبى يوسف ومحمد ، وأبو حنيفة قال : لا يحكم إلا بما يعلم كالشهادة . وأما الفرق لأبى يوسف بين مسئلة القضاء قبل العزل وبين ما يجده فى ديوانه أن الذى يجده فى ديوانه تحت خاتمه وقبضته فقد أمن عليه التغيير والخيانة ، وهو متيقن أنه لم يحكم به غيره وإن لم يذكر قضاء نفسه فلا يقع الحكم به بغير علمه . وأما ما كان قضى به قبل العزل وبعد إخراج الديوان من يده وإبطال حكمه فلا يأمن عليه التبديل(١٠) والتغيير وأنه قد زُوِّر عليه فلا يجوز أن يحكم به لأن ذلك حكم بما لا يعلمه .

381 قال : { وقال أبو حنيفة : لا ينبغى للقاضى أن يقضى بشىء علمه أو رآه أو (١سمعه قبل أن يتولى القضاء من المال وغيره ، وقال : إنما هو فى هذا بمنزلة الشاهد } . وقد(١) بيّنا هذا فيما تقدم . قال : { وقال ما علمه (٢أو رآه٢) بعد ما ولى القضاء // [ف ٨٣ ب] وذلك فى مجلس الحكم أو غير مجلس الحكم بعد أن يكون فى المصر الذى هو قاضٍ عليه فإنه يُمضى ذلك ويُنفذه خلا السرقة والزنا وشرب الخمر والسكر ، فإنه لا يقضى بذلك ، وحدّ القذف يقضى بعلمه } . وقد بينا هذا فيما تقدم . وفرقنا بين حد القذف وبين غيره من الحدود ، فإن هذا حق بنى آدم فصار كسائر حقوق بنى آدم ، وسائر الحدود حق لله تعالى . وقد ورد عن السلف الامتناع (٣من القضاء٣) بما يعلم الوالى . وروُى عن عمر أنه قال لعبد الرحمن بن عوف : أرأيت لو وجدت رجلا يزنى(٤) بامرأة أكنت تحدّه ؟ فقال : لا . قال : أصبتَ . وروى عن أبى بكر (٥ الصديق رضى الله عنه نحو هذا . قال : { وقال الحسن٥) بن زياد

---

(١٠) فى ل كلمة غير مقروءة .

381 (١) ساقط من ل . (٢) ل : اقراره :
(٣) ل : بالقضاء . (٤) ف : زنا بـ ..
(٥) ساقط من ل .

ومحمد بن الحسن : ما علمه القاضي أو رآه أو سمعه قبل أن يلي القضاء وبعد ما ولي في المصر الذي هو قاض فيه أو غير المصر الذي هو قاض عليه فإنه (٦)ينفذ ذلك كله ويمضيه ويحكم به ما خلا الزنا والسرقة وشرب الخمر والسكر فإنه لا يحد بذلك(٦) | وقد بيّنا هذا فيما تقدم ، إلا أنه ذكر قول محمد مع أبي يوسف ، ومن مذهبه أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه وحده ولا يُصدّق على ذلك . قال الشيخ : (٧)والذي ذكره الخصاف من قول // [ل ٩٦ أ] محمد هو قوله الأول(٧) ثم رجع فقال : لا يجوز أن يقضي بعلمه وحده بحال ، لأن ذلك كان للنبي عليه السلام . وأما غيره فلا يصدّق لأنا لا نأمن منه الخيانة(٨) ، فلا يصدقه . قال : | وقال — يعني أبا يوسف — أرأيتَ لو أن رجلا ليس بحاكم رأى رجلا يغصب رجلا (٩)مالا وهو يقدر على أن يمنعه من ذلك فلم يفعل ، أيسعه ذلك ؟ فكيف الحاكم الذي يقدر(٩) على أن يردّ على هذا الرجل ما اغتُصب(١٠) منه ؟ وكذلك لو أن رجلا سمع رجلا طلّق امرأته ثلاثاً أو أعتق عبده أو أمته ، ثم ولي ذلك الرجل القضاء(١١) ، فقدّمت المرأة المطلقة البتة(١٢) زوجَها أو الأمة المعتقة أو العبد المعتق مولاهما فجحد ذلك والقاضي قد شهد ذلك وسمعه قبل أن يولّى القضاء أيسع القاضيَ أن يُقر هذه المرأة مع هذا الرجل الذي قد طلقها يطأها وهذه الأمة مع الذي أعتقها ، والعبد مع الذي أعتقه يبيعه ويتموّله وهو يقدر على أن يمنع من ذلك ؟ | ألا ترى أنه لو لم يكن حاكماً وقدر على أن يمنعه من ذلك لم يسعه إلا المنعُ من ذلك ؟ فكيف يترك (١٣) ذلك وهو حاكم(١٣) ينفذ

(٦) ف : لا يحكم بذلك .

(٧) ف : هذا الذي قاله الخصاف قوله الأول .

(٨) ف : الجناية .

(٩) ساقط من ل .

(١٠) ف : غصب .

(١١) ساقط من ل .

(١٢) ساقط من ف .

(١٣) ل : الحاكم الذي .

أمره ويجوز حكمه ؟ } إلا أن هذا كله لا يلزم أبا حنيفة منه شيء لأنه يقول إن القاضي إذا علم ذلك يمنعه ويحول بينه وبين المرأة المطلقة والأمة المعتقة على وجه النهي عن المنكر ولا يقضي عليه بالفرقة وبإبطال الملك . وروى هذا أبو يوسف عن أبي حنيفة في الأمالي ، فإذا كان كذلك يسقط عنه ما رواه[١٤] أبو يوسف وصحّ [١٥] ما قلتُ من قول أبي حنيفة . وبالله التوفيق[١٥] . // [ف ٨٤ أ] .

382 باب القاضي يجد في ديوانه شيئاً لا يحفظه

{ [١]قال أبو حنيفة[١] رحمه الله : لا يجوز للقاضي أن يحكم بما يجده في ديوانه إذا لم يذكره وإن كان ديوانه تحت يده وختمه[٢] لم يخرج عن يده . وعند أبي يوسف ومحمد : للقاضي أن يحكم بذلك وإن لم يذكره بعد أن يكون تحت خاتمه ويده } : لأبي حنيفة قوله تعالى ﴿ إلا مَن شَهِدَ بالحق وهم يعلمون ﴾[٣] فلا ينبغي لأحد أن يشهد بما لا يعلم . والقاضي آكَدُ حكماً من الشاهد فينبغي أن يكون داخلا تحت الظاهر كما دخل الشاهد . ألا ترى أن كل مَن لا تجوز شهادته لا يجوز قضاؤه ؟ [٥] وأيضاً قوله ﴿ ولا تَقْفُ ما ليس لك به علم ﴾[٤] وقال النبي عليه السلام[٥] « إذا علمت مثل هذا يعني الشمس فاشهد وإلا فدَعْ »[٦] . وأيضاً[٧] // [ل ٩٦ ب] اتفاقهم على أن الشهادة لا تصح إلا بما يعلم الشاهد ، كذلك القضاء . وأمّا

---

(١٤) ل : رامه . (١٥) ل : ماقاله

382 (١) ف : عند أبي حنيفة . (٢) ساقط من ل .

(٣) سورة الزخرف ، ٤٣ : ٨٦ . (٤) سورة الإسراء ١٧ : ٣٦ .

(٥) ف : ومن جهة السنة قوله عليه السلام للشاهد .

(٦) أنظر ملاحظة ٧ من فقرة 380 .

(٧) ف : ومن جهة النظر .

أبو يوسف ومحمد فإنهما ذهبا إلى أن هذا قضاء بالعلم لأنه [٨]يعلم أنه[٨] لم يزوّر عليه أحد وأنه هو الذى كتبه فى إنفاذ القضاء ولم يخرج إلى يد غيره فقام هذا مقام الذّكر للقضية .

383 فصـــل

{ [١]قال : ولو ضاع[١] محضر لرجل من ديوان القاضى وفيه شهادة شهود له بحق من الحقوق والقاضى لا يذكر ذلك ، فشهد عند القاضى كاتباه أن شهود هذا الرجل شهدوا له عندك على هذا الرجل بكذا ، فإنه لا ينبغى للقاضى أن يقبل ذلك منه ولا يُنفذه } من قِبل أن الشهادة فى الأصول[٢] لا تُقبَل إلا على أحد وجهين : [٣]شهادة على أصل الحق وشهادة على الشهادة ، ومسألتنا خالية من الوجهين[٣] جميعاً لأن الكاتبين لم يشهدا بأن الحق عليه بإقراره أو غيره ، وإنما قالا : إن شهود هذا الرجل شهدوا عندك بكذا وكذا على هذا ، فلا تكون هذه شهادة بأصل الحق وليست هى شهادة على الشهادة [٤]لأن الشهادة على الشهادة[٤] لا تصح إلا أن يشهد شهود الأصل لهاذين الشاهدين على شهادتهما[٥] . وليس هذا كشهادتهما على سجل القاضى بالحكم وشهادتهما على إقرار المطلوب بالحق للطالب ، إن شهادتهما جائزة [٦]فى هذا[٦] وإن لم يذكر القاضى ، عندهما من قِبَل أن الشهادة على السجلّ بالحكم إنما هى شهادة على إثبات أصل الحق إذ القضاء يوجب ثبوت الحق . وكذلك الشهادة على الإقرار لأن الإقرار يوجب ثبوت الحق المقَرّ به للمقَرّ له وإن لم يقع به الحكم إذ لا يصح بنفسه دون انضمام الحكم إليه . فإذا كان كذلك فالشهود[٧] ها هنا إنما شهدوا بإثبات أصل الحق فتُقبَل شهادة

---

(٨) ساقط من ل .

383 (١) ف وقال محمد : ولو وجد . (٢) ل : الأموال .
(٣) ساقط من ل . (٤) ساقط من ف .
(٥) زيد هنا فى ف : فلا تجوز . (٦) ساقط من ل .
(٧) ل : فالشهادة .

الـكاتبين إذ لا فصل بينهما وبين غيرهما من الناس . وأما فى مسئلتنا فإن الشهادة لم // [ف ٨٤ ب] تقع على إثبات الأصل كما بيّنا ، ولأن المحضر إنما يكون قبلَ إنفاذ القضاء ، فالشهادة على المحضر لا تكون شهادة على إنفاذ الحكم وإثبات المال ، فلذلك فارق السجل ، ولم تجز شهادة الـكاتبين .

384 فصـــل[1]

قال : { وما وجده القاضى فى ديوان قاض آخر كان قبله من إقرار أو بينة لم يعمل عليه حتى يستقبلا[2] الخصومة عنده } ، لأن الثانى لا يأمن أن يكون هذا مزوّراً [3]قد زوّر[3] عليه ، فلا يجوز أن يحكم به . وليس // [ل ٩٧ أ] هذا كالذى يجده هو[4] فى ديوان نفسه ولا كالذى قضى به فى حال القضاء ثم عُزل ثم وُلىَ أو سمع من إقرار . إنه[5] عند أبى يوسف للقاضى أن يحكم بما يذكره من إقرار أو قضية لأن الذى قد وجده فى ديوانه قد أمن عليه الخيانة والتزوير والذى وجده بعد العزل والتولية ثانية[6] فإنما يحكم بعلمه إذا كان ذاكراً له . ومن أصله [7]أنه يجوز للقاضى أن يحكم[7] بما قد علمه قبل القضاء [8]فكذلك هذا[8] . قال : { وما كان ببينة فإنه لا يحكم به[9] } يعنى فى القاضى المعزول إذا وُلى ثانية فرُفع إليه قضية قد سمع فيها البينة ولم يكن قد حكم فيها بشىء فإنه لا ينبغى له أن يحكم بذلك السماع حتى يستأنف البينة ، لأنه لمّا عُزل بطل ذلك السماع وجُعل[10] السماع كأنه وقع عند غير قاض ، إذ قد خرج هذا بعده قبل إنفاذ الحكم [وقبل أن][11] يكون قاضياً [ثانية] .

---

384 (١) ساقط من ف .
(٢) ل : يستقبلوا .
(٣) ساقط من ف .
(٤) ساقط من ت .
(٥) ف : لان .
(٦) ل : أن يحكم الثانية .
(٧) ف : جواز الحكم للقاضى .
(٨) ف : وهذا مثله .
(٩) ف : بها .
(١٠) ف : حصل .
(١١) ل : وأن ؛ ف من أن .

وإذا كان كذلك لم يجز أن يحكم بتلك البينة وإن ذكرها . كما أنه لو سمع البينة وهو[١٢] غير قاض ثم استُقضى لم يجز له أن يحكم بتلك البينة . ولو كان سمع إقراراً من المطلوب بالحق ثم استُقضى كان له أن يحكم بعلمه بذلك الإقرار . والمعنى الفارق بينهما أن البينة لا يثبت حكمها إلا بحكم[١٣] القاضى ، والإقرار يثبت حكمه بنفسه . ألا ترى أن رجلا لو أقر لرجل بمال عند غير قاض كان هذا إقراراً ثابتاً لازماً للمقِر ، ومتى ما أراد المقَر له أن يطالبه طالبه[١٤] بذلك وأخذ منه الحق إذا قدر على إثبات نقل الإقرار إلى عند مجلس[١٥] القاضى ، ولو كان مكان[١٦] الإقرار بينة شهدوا على المطلوب بالحق للطالب لم يكن لهذه البينة تأثير وكان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة[١٧] ؟ فقد بان لك أن الإقرار يثبت حكمه بنفسه ، والشهادة لا يثبت حكمها بنفسها .

385 باب القاضى ترفع إليه قضية "مما ينبغى له أن ينفذها أو لا ينفذها"[١]

الأصل فى هذا الباب أن القاضى إذا كان ممن يجوز قضاؤه فقضى بقضية مما يسوغ فيها الاجتهاد لم يجز لأحد من القضاة أن يتعقبه بالفسخ ، والدليل على صحة هذا أن أصحاب // [ل ٩٧ب] النبى صلى الله عليه وسلم قد جوّزوا // [ف ٨٥] الاجتهاد لقضاتهم فيما يقضون به مع علمهم بالاختلاف فى آرائهم ولم يُرْوَ عن أحد منهم فسخُ قضاء قاض مما يسوغ فيه الاجتهاد مع مخالفة

---

(١٢) ف : عند .

(١٣) ل : عند .

(١٤) ساقط من ل .

(١٥) ساقط من ف .

(١٦) ساقط من ل .

(١٧) ساقط من ف .

385 (١) ف : قاض مما ينفذها .

القاضى لآرائهم . وروى أن شريحاً قضى (٢بقضاء يخالف فيه٢) عمر وعلياً رضى الله عنهما ، فلم (٣يفسخا ذلك لوقوعه٣) من قاض جائز الحكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد . وكذلك روى عن عمر أنه قضى فى الحد بقضايا مختلفة فقيل له فى ذلك فقال : هذا على ما قضينا وذاك على ما قضينا ، ولم يفسخ بالقضية[٤] الأخيرة القضية الأولى . فقد ثبت بهذا أن قضية قاض جائز الحكم إذا وقعت فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم يجز فسخها . وإذا كان القاضى ممن لا يجوز قضاؤه لكونه فاسقاً أو محدوداً فى قذف أو ممن لا تجوز شهادته وقضاؤه[٥] لا يجوز فللثانى أن يفسخه . وكذلك لو كان القاضى ممن يجوز قضاؤه إلا أنه قضى فيما لا يجوز فيه الاجتهاد ، مثل أن يكون مخالفاً لنص (٦كتاب الله تعالى٦) الذى لم[٧] يختلف فيه السلف وإنما اتبعوا جميعاً ظاهر النص أو خالف سنّة متواترة لم يجوّز السلف الاجتهاد فيها[٨] أو خالف إجماع الأمة[٩] فهذا مما لا يسوغ الاجتهاد فيه . فإذا قضى بمثل هذا فللثانى أن يفسخه لأن اجتهاده فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد باطل ، فصار كأنه حكم بخلاف النص أو السنة المتواترة أو إجماع الأمة بغير اجتهاد ، فيكون حكمه باطلا مفسوخاً . وأما إذا كان النص مما يسوغ فيه الاجتهاد مثل أن يختلف السلف فيه فسوّغوا[١٠] الاجتهاد فيه لأنه لو لم يَسُغ فيه الاجتهاد ما جاز لهم أن يختلفوا فى حكمه ، فلمّا اختلفوا فيه علمنا أن هذا النص لم يمنع تسويغ الاجتهاد (١١وأنهم لم يجتهدوا فيه مع وجوده منصوصاً عن الله تعالى إلا وقد أذن لهم

---

(٢) ف : بقضايا يخالف فيها .

(٣) ف : يفسخ تلك القضايا لوقوعها .

(٤) ل : القضية .

(٥) ف : فقضاؤه .

(٦) ف : الكتاب .

(٧) ساقط من ف .

(٨) ل : فيه .

(٩) مزيد هنا فى ل ، ج : له .

(١٠) ساقط من ل .

الرسول عليه السلام فى تسويغ الاجتهاد فيه إما بقول وإما بأمارة تضبط[١١] أن ما يكون هذا حكمه يسوغ الاجتهاد فيه . فإذا كان كذلك قلنا إن من [١٢]المنصوص عليه[١٢] ما يسوغ الاجتهاد فيه ، وهو ما قد اختلف السلف فى حكمه . وهذا نحو قوله تعالى ﴿ ولا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آباؤُكُم مِنَ النِّساءِ ﴾[١٣] الآية ، فإن[١٤] هذا النص أوجب تحريم نكاح امرأة الآب على // [ل ٩٨ أ] الابن وأوجب عندنا تحريمها على الابن بوطء الآب وإن لم يكن هنالك عقد نكاح بالنص ، إذ المراد بلفظ النكاح هو الوطء عندنا[١٥] .
إلا أنه لمّا اختلف السلف فى هذا فقال بعضهم : لا يحرّم الحرامُ الحلالَ // [ف ٨٥ ب] ، أى أن وطء الآب إذا كان حراماً[١٦] لا يمنع نكاح الابن على وجه التحليل ، وبعضهم قال : تحرّم ، فصار هذا النص مما يسوغ فيه الاجتهاد . ولمّا لم يختلفوا أن الإبن لا يجوز أن يتزوج أو يطأ امرأة الآب صار هذا المعنى المنصوص[١٧] مما لا يسوغ فيه الاجتهاد . ولو [١٨]أن قاضياً قضى بجواز نكاح امرأة الآب للابن[١٨] كان للثانى أن يفسخه لأنه قضى فيما لا[١٩] يسوغ فيه الاجتهاد . ونظير هذا من السنّة[٢٠] أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الطلاق « ثلاث جدّهن جدّ وهزلهنّ جدّ »[٢١] ، وقال « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه »[٢٢] فصار طلاق المكرَه واقعاً من جهة السنة لأنه أجاز كل طلاق غير طلاق الصبي والمعتوه ، إلا أنه لمّا اختلف

---

(١١) ل : ولم يختلفوا فيه مع وجوده منصوصا من الله تعالى وقد أذن بما يضبط .
(١٢) ف : النصوص . (١٣) سورة النساء ، ٤ : ٢٢ .
(١٤) ف : كأن . (١٥) ل : عنده .
(١٦) ف : على وجه الحرام . (١٧) ف : من المنصوص عليه .
(١٨) ل : قضى بنكاح الابن للمرأة التى وطئها الأب لا على وجه التحريم .
(١٩) ساقط من ف . (٢٠) ف : المسئلة .
(٢١) ف : أن ثلاثا جدهن جد وهزلهن جد . أنظر أبا داود ، طلاق ، ٩ .
(٢٢) أنظر بشأن المعتوه ، بخارى ، طلاق ، ١١ .

السلف فيه علمنا أن هذا مما يسوغ فيه الاجتهاد . وكذلك نهيه[٢٣] عن بيع الحيوان نسيئة : أوجب هذا الخبر امتناع جواز السَلَمَ فى الحيوان ، إلا أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد لاختلاف السلف فيه . فإذا كان هذا على ما وصفنا قلنا إنه متى قضى فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم يُفسخ حكمه إن كان ممن يجوز قضاؤه ، وإن كان قد حكم فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد فُسخ .

386 قال الخصاف : { ولو أن رجلا وطىء أمّ امرأته أو ابنتها فخاصمته المرأة فى ذلك إلى قاض يرى أن الحرام لا يحرم الحلال فقضى بالمرأة لزوجها وقضى بإبطال ما كان منه ولم يلتفت إلى ما كان من وطئه لأمها أو ابنتها ، ثم إن المرأة [١]بعد ذلك[١] رفعت زوجها إلى قاض آخر يرى أن ذلك يحرّمها على زوجها فإنه ليس لهذا الثانى أن يُبطل قضاء الأوّل } . وهذا أيضاً على ما بيّنا لأنه مما يسوغ فيه الاجتهاد . { فإن حكمَ هذا الثانى بفسخ النكاح ثم جاء الثالث ، يُنفذ قضاء الأول بالجواز ويُبطل[٢] قضاء الثانى بالطلاق } لأن الأول قضى فيما يسوغ فيه الاجتهاد والثانى قضى فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد — إذ السلف لم يختلفوا أن قضاء الثانى بفسخ ما أوقعه الأول على جهة الاجتهاد فيما يسوغ فيه // [ل ٩٨ب] الاجتهاد باطل لا يسوغ فيه الاجتهاد — فلذلك ينبغى أن يُبطل الثالث حكم الثانى دون الأول .

387 قال الخصّاف : { ولم يُعزَ إلى أحد من أصحابنا[١] إذا كان الزوج جاهلا فهو فى سعة من المقام معها [٢]وإن كان عالماً يرى أن وطء أمها أو ابنتها يحرّمها عليه فلا يحل له المقام معها . وكذلك الزوجة هى فى ذلك بمنزلته } // [ف ٨٦ أ] . قال رحمه الله : أما إذا كان جاهلا بالحكم فلم يختلفوا أنه

---

(٢٣) ف : نهى .

386 (١) ساقط من ف . (٢) ف : وأبطل .

387 (١) ف : أصحابه .

فى سعة من المقام معها[٢] لأن القاضى قد حكم بذلك وهو فى موضع [٣]يجوز له تقليد الفقيه[٣] لأنه جاهل فقضاء القاضى عليه أحرى أن يجوّزه . أما إذا كان عالماً بالحكم لم يسع له المقام معها فى قول أبى يوسف ، وفى قول محمد هو فى سعة من المقام معها وإن كان عالماً مجتهداً يرى تحريم النكاح بذلك . وذهب أبو يوسف إلى أن هذا إذا كان من أهل الاجتهاد لم يجز له ترك اجتهاده باجتهاد غيره كما لا يجوز لأحد الفقيهين أن يترك اجتهاده باجتهاد الآخر ويتقلّد مذهبه . وذهب محمد إلى أن هذا لا يشبه الفقيهين لأن قول الفقيه لا يلزمه حكمُه ، وقول القاضى يلزمه حكمه . ألا ترى أن القاضى لو حكم عليه بصحة النكاح ثمّ ولى هذا المقضىّ عليه القضاء لم يجز له أن يفسخ قضاء هذا القاضى الذى حكم عليه ؟ وكذلك لو رفع قضية هذا القاضى إلى قاض آخر لم يجز له أن يفسخه ؟ فلذلك لمّا حكم عليه لم يجز له أن لا يلتزم[٤] ، ويكون حكمه لازماً له ، فيكون فى سعة من المقام معها[٥] . والجواب أنّا لم نقل أنه ينبغى له أن يلتزم[٦] حكم القاضى وإنما قلنا إن حكم القاضى لازم له ، إلا أنه فى التديّن[٧] ينبغى أن لا يقيم معها كما لا ينبغى له أن يتقلّد مذهب الفقيه إذا كان فى اجتهاده أن الذى ذهب إليه الفقيه غير صحيح . كذلك هذا . ونظائر هذا كثيرة فى الأصول : أن يكون الحكم لازماً فى الظاهر [٨]من وجه[٨] ويكون فيما بينه وبين الله تعالى خلافه . ألا ترى أنه لو قال لامرأته : [٩]إن كان[٩] أوّل ولد تلدينه جارية فأنت طالق تطليقتين وإن كان غلاماً فأنت طالق ثلاثاً ، فولدت غلاماً وجارية لا يدرى أيهما أول ، أن القاضى لا يحكم

---

(٢) ساقط من ل .

(٣) ف : جاز له التقليد من الفقيه .

(٤) ل : يلزمه .

(٥) ف : معه .

(٦) ف : لايلتزم .

(٧) ف ، ج : التنزه .

(٨) ف : خروجه .

(٩) ساقط من ف .

عليها بأكثر من تطليقتين وهى طالق ثلاثاً[١٠] فيما بينه وبين الله تعالى لا يسعه المقام معها ؟

388 قال الخصاف : { وكذلك لو أن رجلا قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق ثلاثاً ، فتزوجها فخاصمته إلى قاض لا يرى ذلك القول[١] طلاقاً فأجاز النكاح وأبطل // [ل ٩٩ أ] الطلاق ، ثم خاصمته إلى قاض آخر يرى أن ذلك طلاق[٢] [٣] كان هذا القاضى الثانى ينبغى له أن ينفذ قضاء الأول ويمضيه ويبطل الطلاق[٣] . فأما الزوج إذا كان عالماً يرى أن ذلك طلاق لم يسعه المقام معها[٤] . وكذلك المرأة } أما كون الرجل مع المرأة إذا كان عالماً فعلى ما بيّنا من الخلاف . وأما إنفاذ القاضى لقضاء الأول فلأن هذا مما يسوغ فيه الاجتهاد لأن الأحاديث المروية فيه محتملة والناس مختلفون فيه .

389 قال : { وكذلك السَلَم فى الحيوان وطلاق المُكْرَه } [١] كما بيّنا فيما تقدم[١] . // [ف ٨٦ ب] { وكذلك الحكم بالنسب بقول القافة } [٢] لأنه قد روى فيه أحاديث محتملة بجواز قول القافة ، وإن صحّ عندنا أن قولها باطل ، فهو مما يسوغ فيه الاجتهاد[٢] . { وكذلك الحكم بالقرعة } . [٤] قد روى عن النبى عليه السلام أنه أقرع بين العبيد الستة الذين أعتقهم مولاهم فى مرضه فأعتق منهم اثنين وأرقّ أربعة[٣] فاحتُمل الخبر على ما نقوله نحن واحتُمل على ما قال المخالف وصارت المسئلة مما يسوغ فيها الاجتهاد .

---

(١٠) ساقط من ل .

388 (١) ل : هذا .
(٢) ف : الطلاق يعمل .
(٣) ساقط من ل ف .
(٤) ف : عليها .

389 (١) ساقط من ل .
(٢) ساقط من ل . القافة جمع قائف وهو الذى ينسب المولود بقرابته والنظر الى أعضائه .
(٣) أنظر ابن حنبل ، ج ٤ ، ص ٤٢٦ .

قال : { وكذلك لو أن قاضياً ردّ نكاح امرأة بعيب مثل الجنون والبرص لم يجز للثانى أن يفسخه } لأن الصحابة قد اختلفوا فيها فقال علىّ عليه السلام : لا تُردّ بعيب ، وقال عمر رحمة الله عليه : تُردّ . فلو لم تكن المسئلة مما يسوغ فيها الاجتهاد ما اختلفوا فيها . فإذا كان كذلك لم يجز لأحد من القضاة أن يفسخ حكم القاضى الأول[٤] .

390 مسـألة[١]

قال : { وكذلك القضاء بالقتل بالقسامة لا ينفذه [ه] [٢] الثانى } من قِبل أن هذا يخالف الكتاب والسنة جميعاً مثل[٢] أن يحلف المدّعى خمسين يميناً أن هذا [٣]قتل ولياً له فيُقتل المدّعى عليه ، من قِبل أن هذا يخالف الكتاب والسنّة . أما مخالفته للكتاب فقوله[٣] ﴿ولا تقفُ ما ليس لكَ به عِلم﴾[٤] وقال ﴿إلا مَن شهِدَ بالحقِّ وهُم يَعلمُون﴾[٥] . وليس للقاضى [٦]ولا للحالف[٦] علم بقاتل[٧] المقتول مثل قصة عبد الله بن رواحة ، فلا يجوز

---

(٤) فى ل : لأنه ورد فى ذلك أخبار مختلفة والناس فيه مختلفون وقد يسوغه الاجتهاد فى مثله ، فلا يحق لأحد من القضاة أن يفسخ حكم القاضى الأول فأما مالا ينبغى للقاضى الثانى أن ينفذ قضاء الأول فيحق القضاء بشاهد ويمين لأن هذا خلاف الكتاب والسنة. أما مخالفة الكتاب فهو قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » . وقال « فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » [سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٢] فأوجب قطع الحق المدعى على المدعى عليه بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين • فمن قال . يحكم بشهادة رجل مع يمين المدعى فقد خالف الكتاب ولا يجوز قضاؤه . وأما مخالفته للسنة فلقول النبي صلى الله عليه وسلم « شاهداك أو يمينه ، ليس لك إلا ذلك » . [أنظر بخارى ، رهن ، ٦] .

390 (١) ل : قال • (٢) ساقط من ل •

(٣) ف : الذى قتل وليه فيقتل به ، فهذا وذلك نص الله تعالى ، قال .

(٤) سورة الإسراء ، ١٧ : ٣٦ .

(٥) سورة الزخرف ، ٤٣ : ٨٦ .

(٦) ساقط من ل •

(٧) ف : بحال المقتول إذا كان غائباً .

القضاء بقتل مَن يحلف الولىّ أنه قاتله ولا يجوز[٨] أن يحلف الولىّ على ذلك أيضاً [٩] فلا يجوز أن يحكم به بيمينه[٩] . وقال تعالى ﴿ ولا تقتُلوا النفسَ التى حرّم اللهُ إلا بالحقّ ﴾[١٠] ، [١١]وهو لا يعلم أن قتل المدّعى عليه حق بقول المدّعى . وقول المدّعى غير مقبول عليه ، فلا يجوز أن يقبل يمينه // [ل ٩٩ ب] الذى هو قوله ودعواه[١١] . وأما من وجه السنة فقال عليه السلام « لو أعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماً ، قوم وأموالهم ، لكن البينة على المدعى واليمين على مَن أنكر[١٢] » . [١٣]وظاهر هذا الخبر يمنع جواز قتل هذا المدّعى عليه من وجهين ، أحدهما أنه يمنع أن يستحقّ أحد بدعواه شيئاً بقوله ، والثانى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يجعل المدّعى حجة يثبت بها الحق غير البينة[١٣] .

391 قال : { وكذلك بيع أمهات الأولاد إذا قضى به القاضى لم يجز قضاؤه وللثانى فسخه } . قال الشيخ : هذا مذهب محمد [١] فأما عند أبى حنيفة وأبى يوسف يجوز قضاؤه وليس للحاكم فسخه من قبل أنه ليس فى هذا نص على حظر بيعها ولا سنّة مأثورة متفق على استرقاقها ولا إجماع السلف فى بيعهنّ ، فوجب أن يسوغ الاجتهاد فى بيعهن . وأما وجه قول محمد فهو خلاف مَن خالف هذا من السلف ، هو شاذ لا يعتدّ به لأن جل الصحابة قد اتفقوا عليه . وما روى عن علىّ عليه السلام أنه رأى بيعهن بعد إجماعه مع عمر وسائر الصحابة أن بيعهنّ لا يجوز ، لأن الصحيح عنه أنه قال :

---

(٨) ف : جاز .
(٩) ف : لأن الأمرين جميعاً خلاف الكتاب .
(١٠) سورة الأنعام ، ٦ : ١٥١ .
(١١) ف : ولم يثبت أن قتله حق المدعى .
(١١) الحديث فى ف : لو أعطى الناس بدعاويهم ... واليمين على المدعى عليه .
(١٢) ابن حنبل : ج ١ ، ص ٣٤٣ .
(١٣) ساقط من ف .

ثم رأيت أن أرقّهن . وهذا القول منه لا يدل على جواز بيعهن عنده . فوجب أن يكون الإجماع الأول ثابتاً فى حظر بيعهن ، فلا يسوغ الاجتهاد فى بيعهن[1] .

392 قال : { ولو قضى القاضى بمال بقسامة لم يجز ذلك ويبطل[1] } لأن الناس // [ف ٨٧ أ] لم يختلفوا أن المدّعى لا يجوز له أخذ المال المدّعى[1] بالقسامة — بأن يحلف خمسين يميناً أنّ له عليه هذا المال[2] .

393 قال : { وكذلك متعة النساء فى النكاح [2] ولا يجوز القضاء بجوازها } لأنه لا خلاف بين السلف أن الذى كان يخالفهم فيه ابن عباس // [ل ١٠٠ أ] وقد ثبت رجوعه عن هذا القول . قال زيد بن جابر : نزل ابن عباس عن الصرف[1] ومتعة النساء[2] . وفيه مخالفة السنة أيضاً لأن السنة قد وردت

---

391 (١) ل : أما أبو حنيفة وأبو يوسف فإنهما ذهبا إلى أن هذا ليس فيه نص من الكتاب ولا سنة ثابتة من جهة النبي صلى الله عليه وسلم. وقد اختلف الصحابة فيه فساغ للقاضى الاجتهاد فيه وجاز قضاؤه . وأما محمد فإنه ذهب فهو أن [؟] خلاف من جوز بيعها شاذ نادر لأن عليا رضى الله عنه قال : اجتمع رأيى ورأى عمر ، رضى الله عنهما ، فى جماعة من المسلمين أن بيع الأمهات لايجوز فقد أخبر عن اجماعه مع عمر وجماعة المسلمين إذا قالوا أن بيعهن لايجوز لم يجز لأحد أن يخالف الإجماع ، ومن فعل هذا كان مخطئا فى اجتهاده . وقوله : ثم رأيت بعد ذلك أن أرقهن ، ليس للمخالف أن يتعلق به تسويغ الاجتهاد لأنه ليس فى هذا القول دلالة على الجواز ، ونحن لا ننكر أنهم أرقاء فلا يظهر من على رضى الله عنه مخالفة الإجماع المتقدم .

392 (١) ساقط من ف .

(٢) مزيد هنا فى ل : فلا يجوز القضاء فى هذا إلا [؟] مما لايسوغ فيه الاجتهاد لمخالفته الاجماع .

393 (١) أى بيع الثمن بالثمن جنسا بجنس .

(٢) ل : لأن هذا خلاف السنة وإجماع السنة وإجماع السلف فأما السنة فلما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أبطل متعة النساء بعد الاباحة ، وأما الاجماع فلأن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أنه [؟] أبطل متعة [خمس كلمات غير مقروءة] غير ابن عباس ثم رجع عن هذا إلى قولهم . روى ذلك زيد .

بحظرها بعد الإباحة[٣] . وفيه خلاف الكتاب أيضاً لأن الله تعالى قال ﴿ إلا على أزْوَاجِهِم أو ما مَلَكَتْ أيْمانُهُم ﴾[٤] وهذه ليست بزوجة ولا ملك يمين .

394 قال : { وكذلك بيع العبد المعتق بعضه والشريك معدم[١] أو غير معدم[٢] ، لو حكم به حاكم لم يجز } لمخالفته السنة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل جواز التصرف فيه بقوله فى بعض الأخبار : فهو حر كله ، وفى بعضها : يسعى العبد غير مشقوق عليه ، وفى بعضها : فعليه خلاصه[٣] .

395 قال : { ولو أن قاضياً قضى بخلاص دار استُحقت [١]وحكم على البائع بذلك } — يعنى أنه قضى على البائع بأن يدفع إلى المشترى داراً مثلها أو يشترى الدار المستحقّة ويسلمها إليه — { فإن الثانى ينبغى له أن ينقض هذا } من قِبل أن هذا مما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، إذ الناس لم يختلفوا أن الدار ليس لها مثل فى المستهلكات . فلا يلزم البائع تسليم ما لم يستحق عليه بعقد البيع وهو المبيع بعينه أو قيمته إذا استهلكها مستهلك وأخذ قيمته[١] . قال الشيخ : والخلاص الذى يُشترط[٢] فى براءة الديون ليس من هذا [٣]فى شىء[٣] لأن ذلك هو أن [٤]يشترط الدافع على المدفوع إليه خلاصه بأنه إذا جاء مستحق وأقام البينة أن المدفوع إليه قد كان أقرّ بأن الدين لهذا المستحق وأن ذاك كان وكيله ، وطالب هذا المستحق الدافع بالدين الذى كان عليه

(٣) ل : الأمة . (٤) سورة المؤمنون ، ٢٣ : ٦ .

394 (١) ل : معسرا . (٢) ل : معسر .
(٣) مزيد فى ل : لمن بق .

395 (١) هذه الفقرة هى نفسها فى ل مع تقديم وتأخير .
(٢) ل : يشترطون . (٣) ساقط من ف .

إن للدافع الرجوع على المدفوع إليه بما سلّمه إليه[٤] . وكذلك [٥]شرط الخلاص على الوكيل هو مثل هذا ، أنه يرجع على الوكيل بما سلّمه إليه متى رجع عليه الموكّل بالدين . وهذا صحيح وهو مثل ضمان الدَرَك لأنه يرجع بما سلمه إليه متى ما لم يسلم له ما فى ذمته من الدين كما يرجع المشترى على البائع بالثمن متى لم يسلم له المبيع . وأما الخلاص فى مسئلتنا على الوجه الذى بيّنا فهو خلاف للإجماع ، فلذلك لم يجز القضاء به . وأيضاً فإن الدار ليس // [ل ١٠٠ ب] لها مِثل فى الاستهلاك والدراهم والدنانير لها مثل ، فليس يمنع رجوع الدافع على المدفوع إليه بمثل ما دُفع إليه من الدراهم عندما لحقه من المطالبة بالدين كما جاز ذلك فى الغصب والاستهلاك // [ف ٨٧ ب] ولم يجز مثله فى الدار بعد الاستحقاق إذ ليس لها مثل كما قلنا فى المستهلكات[٥] .

396 قال : { وكذلك قاض قضى بإبطال حق رجل فى دار [١]إنْ لم يُقمْ له البينة ، فقال له[١] : إن لم تقم البينة اليوم ، أو نحوه ، [٢]أبطلت حقك فى الدار[٢] ، فلم تكن له بينه [٣]فى ذلك اليوم[٣] فقضى عليه ببطلان[٤] حقه [٥] إن هذا القضاء باطل[٥] وللثانى أن يفسخه } لأن هذا مخالف للسنة والإجماع ، أما السنة فقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « البينة على المدّعى »[٦]

---

(٤) ل : أن يقضى رجل رجلا ألف درهم كانت له عليه فيكتب عليه البراءة ويذكر فيه الخلاص، يعنى : إن جاء مستحق فاستحق هذا الدين الذى سلمه إليك بأن تقيم البينة أنك قد اعترفت له به أن لى عليك الرجوع بما سلمت إليك حتى تخلصنى فيه .

(٥) هذه الفقرة مضطربة جداً فى ل ولا فائدة فى إثباتها .

396 (١) ساقط من ف .

(٢) ف : على وجه الشرط شرطه عليه .

(٣) ساقط من ل .　　　(٤) ف : بإسقاط .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ابن حنبل ، ج ١ ، ص ٣٤٣ .

[7]ولم يوقته بوقت[7] . [8] وأما الإجماع فلأن المسلمين لم يختلفوا فى أن امتناع المدّعى من إقامة البينة على حقه لا يوجب بطلان حقه ، فإذا قضى القاضى بخلاف السنة والإجماع كان حكمه باطلا[8] .

397 قال : { ولو أن زوجة رجل أو ابنته عفت عن دم عمد وهى وارثة المقتول فأبطل القاضى ذلك وقضى بالقَوَد[1] وقال : لا عفو للنساء ، [2] ثم رُفع إلى قاض آخر قبل أن يُقاد الرجل[2] فإنه ينفذ العفو ويبطل القود } لأن هذا خلاف الكتاب . قال تعالى ﴿ ولكمُ نصفُ ما تركَ أزْواجُكمُ ... ولهُنّ الرُّبُعُ مِمّا تركْتم ﴾[3] ولم [4]يفرّق عن الدم وغيره[4] ، [6]وقال ﴿ فلها نِصفُ ما تركَ ﴾[5] ، وقال ﴿ فإنْ كانتا اثنتينِ فلهُما الثُّلثانِ مِمّا تركَ[5] ، وقال ﴿ ولهُ أخٌ أوْ أختٌ فلِكلِّ واحدٍ منهُما السُّدُسُ ﴾[3] . ولم يفرّق فى هذا كله بين الرجال والنساء[6] . قال : { وإن كان الرجل قد أقيد وقُتل فإن القاضى الثانى لا يحكم له من ذلك بشىء ويترك الأمر بحاله } . قال الشيخ : لأن القتل الذى وقع بالقضاء لا يمكن فسخه [7]فينفذ القضاء الأول وإن كان جواز أمر حيث لا سبيل إلى فسخه[7] .

398 قال : { ولو أن قاضياً قضى [1]برد عبد أو أمة بعيب[1] بغير إقرار

---

(٧) ساقط من ل .

(٨) ف : ولا خلاف أن امتناع المدعى من إقامة البينة على حقه لايبطل حقه .

397 (١) مزيد فى ل هنا : الرجل .

(٢) ف : فإن هذا الحكم باطل والثانى ان يبطله .

(٣) سورة النساء ، ٤ : ١٢ (٤) يخص فى النساء من الدم .

(٥) سورة النساء ، ٤ : ١٧٦ (٦) ساقط من ل .

(٧) ل : فلا فائدة فى فسخ . فينفذ القضاء الأول من حيث أنه لا سبيل إلى فسخه .

398 (١) برق عبد أو أمة بعيب .

البائع ولا بينة من المشترى على ذلك فإن قضاؤه باطل وللثانى فسخه { لأنه لا خلاف بين الناس أن القضاء على المدّعى عليه لا يجوز بغير بينة من المدعى ولا إقرار من المدعى عليه [٢]أو نكوله عن اليمين ، فإذا قضى عليه على غير هذه الوجوه كان خلاف الإجماع // [ل ١٠١ أ] فيكون ساقطاً[٢] .

399 قال : { ولو أن امرأة بلغت ولها زوج فاعتقت رقيقاً لها وأقرّت بدين وأوصت بوصايا بغير رضا زوجها فأبى ذلك زوجها[١] فرفعها إلى القاضى [٢]فحكم ببطلان فعلها وتصرفها من مالها { على ما يُروى عن مالك أنه لا يجوز تصرّفها بغير إذن زوجها ما لم تُنقل إلى بيت الزوج ، { فإن هذا باطل وللثانى فسخه { لأن فيه مخالفة الإجماع[٢] . قال الله تعالى ﴿ فلا جُناحَ عَليهما فِيما افتَدَتْ بِهِ ﴾[٣] و[٧]﴿ لكم نصف ما ترك أزواجكم ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ مِنْ بعْدِ وَصيَّةٍ يُوصَى بها أوْ دَيْن ﴾[٤] . فأجاز وصيتها على العموم ولم يفرّق بين موتها قبل انتقالها إلى بيت الزوج أو بعده . ولا خلاف بين السلف فى جواز تصرفها فى مالها . وقال عليه السلام // [ف ٨٨ أ] « لا عتق إلا فيما يملك ابن آدم »[٥] . فالحديث[٦] قد اقتضى جواز عتقها . فالقضاء بإبطال عتقها من هذه الحال خلاف الكتاب والسنة والإجماع[٧] .

---

(٢) ل : ولا ايا [؟] يمين على ادعاء المدعى ، فإذا قضى قاض بما يخالف [؟] الحق المدعى على المدعى بغير حجة من الجهة التى ذكرنا كان حكمه خلاف الإجماع فيبطل .

399 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : فأبطل فعلها ثم ارتفعوا الى قاض آخر فانه يبطل حكم ذلك القاضى وينفذ ما صنعت المرأة من ذلك كما ينفذه على الرجل . قال الشيخ : وأظن أن هذا مذهب مالك فانه يقول إن المرأة لا يجوز تصرفها ما لم تنتقل الى بيت الزوج وهذا مذهب شنيع لأن فيه مخالفة الكتاب والإجماع .

(٣) سورة البقرة ، ٢ : ٢٢٩ (٤) سورة النساء ، ٤ : ١٢

(٥) أنظر ابن حنبل ، ج ٢ ، ص ١٩٠ .

(٦) ل ج فقط .

(٧) ل : يعنى فداها من الطلاق وفى الخلع ، وغيره من الآى يدل على هذا .

400 قال الخصاف[١] : { وكذلك امرأة طُلقت قبل الدخول وقد كانت قبضت المهر من الزوج وتجهزت به فقضى القاضى[٢] بنصف الجهاز } [٤]يعنى للزوج على ما يروى عن مالك أيضاً ، { فهذا باطل وللثانى فسخه } لأن المرأة قد ملكت المهر بالقبض واشترت الجهاز به لنفسها ، فالطلاق قبل الدخول إنما يوجب عليها ردّ نصف المهر المملوك بعقد النكاح . قال الله تعالى ﴿ فنصفُ ما فرضتم ﴾[٣] وليس الجهاز بما فُرض لها ، فوجب أن لا يستحق الزوج شيئاً منه[٤] .

401 قال : { والطلاق الثلاث فى الحيض والحبل وقبل الدخول إذا قضى القاضى بإبطاله فللثانى فسخه[١] } لأن السلف مجمعون على وقوع [٢]الطلاق من الثلاث[٢] فى الحيض والحبل . [٤]وبذلك وردت السنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم فى خبر ابن عمر « مُرهُ فليُراجعها »[٣] ، فالمراجعة لا تكون إلا بعد حصول الطلاق ، فبان[٤] .

402 قال : { وكذلك [١]لو أن قاضياً قضى[١] بالحد بالتعريض [٢]فإن الثانى

---

400 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

(٣) سورة البقرة ، ٢ : ٢٣٧

(٤) ل : فإن القاضى الثانى يبطل هذا . قال الشيخ : وهذا أيضاً مذهب مالك فانه يقول إن المطلقة قبل الدخول إذا كانت قبضت فاشترت به شيئاً أن الزوج يستحق عليها نصف ما اشترت . وهذا أيضاً شنيع لأن المرأة إنما اشترت الجهاز لنفسها بمالها ، ونصف المهر الذى يستحقه الزوج عليها دين لزمها ، فكيف يجوز أن يستحق نصف المشترى عليها ؟ ولو جاز هذا لجاز مثله فى البيع وسائر العقود ، فبان .

401 (١) ل : أن يبطله . (٢) ف : الثلث .

(٣) أنظر ابن حنبل ، ج ١ ، ص ٤٤

(٤) ساقط من ف .

402 (١) ف : القضاء .

يبطله إذا ولى قبل إمضائه[٢] } لأن هذا خلاف الكتاب والسنة والإجماع . [٣]قال الله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾[٣] نزل فى قصة عائشة ورميهم لها بالزنا ـ فصارت السنة مضموناً إليه كأنه قال : والذين يرمون المحصنات بالزنا[٤] . [٥]والتعريض بالقذف ليس رمى بالزنى كما أن التعريض بالكذب ليس بكذب[٥] . وقال النبى صلى الله عليه وسلم « ادرأوا الحدود ما استطعتم »[٦] . والمسلمون متفقون على أن الحدود لا يجوز إثباتها // [ل ١٠١ ب] بالمقاييس ، و[٧]ليس ها هنا وجه يوجب ذلك الحد ، فقد خالف الإجماع بإيجابها[٧] . فإذا كان النص ورد[٧] فى القذف بالزناء لم يجز أن يقاس عليه غيره لأنه يكون مخالفاً للإجماع فى استعمال القياس فى إيجاب الحدّ .

403 قال : { وكذلك القضاء ببطلان أجل العنّين باطل وللثانى فسخه } لأن السلف أجمعوا على تأجيل العنين سنة . قال : { وإن كان عند[١] علماء أهل زمانه صواباً ، وهو خلاف أقاويل المتقدمين فإن ذلك [١]ينفذ ويجوز } . قال الشيخ : هذا غلط لأن من يجىء بعد السلف لا يجوز لهم أن يحدثوا قولا خلاف إجماع السلف . وكذلك إذا اختلف السلف فى حادثة على أقاويل محصورة لم يكن يجوز لمن بعدهم أن يحدثوا قولا آخر خارجاً من تلك الأقاويل كلها لأن هذا خلاف إجماعهم أيضاً . وهذا الوجه الثانى كان

---

(٢) ف : لا يجوز وللثانى إبطاله قبل إقامة الحد .

(٣) سورة النور ، ٢٤ : ٤

(٤) ل : لأن الله تعالى اوجب الحد فى القذف .

(٥) ف : والتعريض هو رمى بالزناء .

(٦) قابل أبا داود ، صلاة ، ١١٤ (٧) ساقط من ف .

403 (١) ساقط من ف .

الشيخ أبو عبد الله(٢) يقول إنه ليس يمنع تسويغ الاجتهاد فيه لأن المسئلة قد صارت مما يسوغ فيه الاجتهاد لاختلاف السلف فيها ، فليس يمنع تسويغ الاجتهاد بإحداث قول آخر ما لم يحصل إجماعهم على قول واحد(٣) .

404 قال : { ولو أن رجلا له على رجل مال فطالبه به ، فقال المطلوب : إن لم أقضك مالك اليوم فامرأتي طالق ثلاثاً ، أو قال : عبدي حرّ ، فتغيّب عنه الطالب فخشي المطلوب // [ف ٨٨ ب] أن يحنث فأتى الحاكم بالمال وأخبره بالقصة فنصب القاضي وكيلا وأمره بقبض المال للطالب وحكم بذلك ، ثم رفع إلى قاض آخر ، فإن أبا يوسف قال : لا يجوز هذا } . "ولم يُدَّعَ عن غيره خلاف هذا . ووجه هذا أن تصرف القاضي على الحر البالغ العاقل غير مفلس ولا مبذر لا خلاف أنه لا يجوز إلا أن يكون فيه حفظ المال عليه . وهذا معدوم في مسئلتنا ، ففيه تصرف على هذا الذي وصفناه فصار خلاف الإجماع [و] وجب أن لا يجوز قضاؤه(١) .

405 قال : { وكذلك رجل قدّم رجلا إلى القاضي فقال : لأبي على هذا الرجل ألف درهم وأبي غائب وأخاف أن يتوارى هذا ، فرأى القاضي أن يجعله وكيلا لأبيه فجعله وكيلا وقبّل بيّنته على المال وحكم بذلك ، ثمّ رُفع

---

(٢) هو محمد بن يحيي بن مهدى الجرجاني ، من أعلام الحنفية تلميذ الجصاص وأستاذ القدوري ، توفي سنة ٣٩٧ هـ ومن هذه الجملة حتى آخر الفقرة قول مدرس الشرح .

(٣) ل : لا ينفذ لأنه خلاف الإجماع المتقدم .

404 (١) ل : قال الشيخ : وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعاً لأن تصرف القاضي لا يجوز [على الحر البالغ العاقل غائباً كان أو حاضراً ، ولا يجوز أن ينصب له وكيلا في قبض المال لئلا يحنث الحالف ، كما لم يكن له نصب الوكيل بقبض ماله لو لم يكن هناك يمين الحالف . كذلك إذا حلف .

إلى قاض آخر فإنّه لا يجيزه [للعلّة التي بيّنّا [1] من جواز التصرّف على الحرّ البالغ العاقل بغير إذنه ولا حفظ ماله [1] . قال : [وإنما استُحسن ذلك في المفقود خاصةّ إذا جعل ابنه وكيلا في طلب حقوق أبيه ، لأن المفقود بمنزله الميت في احتياجه إلى حفظ ماله فللقاضي أن يحفظ ماله وينصب [2] له وكيلا على حفظه [كما قلنا في مال الميت [2] .

406 مسـألة [1]

قال : [ولو أن قاضيا قضى بين الناس زماناً ثم عُلم أنه عبد أو ذمي أو محدود في قذف أو فاسق أو أعمى أو مرتش في الحكم منذ ولي ، كان قضاؤه مردوداً لا ينفذ منه شيء] . [2] والأصل في هذا أن كل من لا يجوز أن يكون شاهدا في شيء فانه لا يجوز // [ل ١٠٢ أ] أن يكون قاضيا فيه ، ومن جازت شهادته فيه وهو مسلم فإنه يجوز قضاؤه . ألا ترى أن الرجل لا تجوز شهادته لنفسه بلا خلاف ، فلم يجز قضاؤه لنفسه بلا خلاف . والعبد لا يجوز قضاؤه في شيء لأنه لا تجوز شهادته في شيء . وكذلك جميع من ذكرنا . والمرأة تجوز شهادتها في غير الحدود فجاز قضاؤها ، لأن الشهادة والقضاء يجريان مجرى واحدا ، لأنه يعتبر في كل واحد منهما ما يعتبر في الآخر من الحرية والبلوغ والعدالة والصيانة والعفة ، فكل من جازت شهادته في شيء

---

405 (١) ل : أن القاضي لا يجوز تصرفه على الرجل الغائب فلا يجوز أن يجعل ابنه وكيلا له قبض المال له .

(٢) ساقط من ل .

406 (١) ساقط من ل .

بين المسلمين جاز قضاؤه فيه[٢] .

407 قال : { [١]فإن ولى القاضى وهو عفيف مأمون فقضى بقضاء أو أنفذ أحكاما ثم فسق بعد ذلك أو عمى أو صار إلى حال لا يجوز قضاؤه بحكم بعد هذه فإن جميع ذلك مذ صار إلى هذه الحال باطل مردود } . فأما ما حكم به قبل ذلك فإنه يجوز وينفذ . والله أعلم[١] .

408 [١]باب موت الخليفة وله قضاة أو عزل وله قضاة[١] // [٨٩ أ]

الأصل فى هذا الباب أن موت الخليفة أو عزله لا يوجب عزل القضاة من قبل أنه كان قائماً مقام جماعة المسلمين كأنه وكيل فى تولية القضاة ، فعزله لا يوجب عزل من ولاه لأنه كالوكيل يوكل الغير فإن موته لا يوجب عزل من وكله [٢] لأنه لم يول القضاة لنفسه وإنما ولاهم للمسلمين ، فموته وعزله لا يوجب عزل القضاة[٢] بدلالة الوكيل فى الإجارة [٣] لما كان عقد الإجارة لأجل الموكل وهو المؤجر أو المستأجر لم يوجب موته ولا عزله بطلان

---

(٢) ف : وذلك أن هذه الوجوه كلها تمنع قبول الشهادة ، والقضاء فى الباب أكبر من الشهادة ، والشهادة لا يستحق بهـا حتى ينضم إليها القضاء ، والقضاء نفسه يستحق به من جهة الحكم . فما يمنع نفاذ قول الشاهد على الغير وجب أن يكون أمنع من انفاذ قول القاضى . وأيضاً لا خلاف أن الإنسان لما [ج : ما لم] تجز شهادته لنفسه لم يجز قضاؤه له ، وأنه من حيث جازت شهادته للغير جاز قضاؤه لذلك الغير الذى تجوز شهادته . فجرى القضاء مجرى الشهادة من هـذا الباب ووجب أن من لا تجوز شهادته لا يجوز قضاؤه ومن جازت شهادته جاز قضاؤه فى ذلك الشىء الذى تجوز شهادته فيه .

407 (١) فى ف جملة بنفس المعنى مع تقديم وتأخير .

408 (١) ف : باب موت الخليفة وعزله . (٢) ساقط من ف .

الإجارة[٣] . وأصل آخر وهو أن عزل الخليفة للقاضى لايمنع تصرف القاضى ما لم يعلم بالعزل ، بدلالة الوكيل لا ينعزل من الوكالة إلا بعد العلم به . [٤]والأصل أن الأوامر والنواهى لاتلزم من جهة الله تعالى إلا بعد العلم بالأمر والنهى[٤] . [٥]ويجوز أن يرد هذا الوصى الذى ينصبه القاضى للميت ، إن عزل القاضى لا يخرج هذا من الوصية . فكذلك عزل الخليفة لأن كل واحد // [ل ١٠٢ ب] منهما منصوب لغيره على وجه الولاية[٥] .

409 باب الخوارج يولون قاضيا

الأصل فى هذا الباب أن قضاء المتولى للقضاء من جهة الخوارج [١]إذا كان على الأوصاف التى يجوز قضاؤه من جهة أهل العدل جاز أيضاً من جهة الخوارج وإن كان لا يجوز قضاؤه لو كانت الولاية من جهة الإمام لم يجز أيضاً إذا كان من جهة الخوارج[١] والدليل على جواز تولية القضاء من جهتهم ما رُوى أن شريحا كان يتولى القضاء من جهة معاوية وغيره من بنى أمية . وكذا عن شريح قد تولى القضاء من جهة بنى أمية [٢] الذين لم يكونوا مستحقين للخلافة[٢] . [٣]ولم يرد أحد قضاياهم بعد ما صار الأمر إلى عمر بن عبد العزيز أو غيره من أئمة العدل[٣] . وأيضاً فإن القيام بالقضاء يلزم على الكافة على وجه الكفاية

---

(٣) ف : فإن موته لا يبطل الإجارة .

(٤) ف : لأن هذا حكم يتعلق بالأمر . والأوامر والنواهى لا يثبت حكمها على المأمورين أو المنهيين إلا بعد العلم .

(٥) ساقط من ف .

409 (١) فى ل جملة بنفس المعنى مع بعض اضطراب .

(٢) ل : العادلين عن طريق الحق الخارجين على أئمة المسلمين ولم يكونوا مستحقين الخلافة .

(٣) ل : ولم يرو عن أحد ممن بعد من أهل العدل فسخ القضايا التى أنفذوها .

كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإقامة الحدود . فإذا مكن[٤] بعض الناس رجلا من القيام بهذه الحقوق ممن يجوز قضاؤه ولم يكن لأحد الاعتراض عليه وبسط يده فى إنفاذ الأحكام على الواجب والحق وجب أن يقع ذلك موقعه[٥] ، كما لو قدمه جماعة من المسلمين ولم يكن هناك إمام كان ذلك جائزاً. كذلك مسئلتنا . [٦]وأيضا فإن القاضى إذا كان فى نفسه ممن يجوز قضاؤه لم يعتبر فسق موليه لأن المولى قد قام ببعض حقوق الله تعالى وهو إقامة الأحكام ونصب القضاة عليها فلا يجوز يُبطل هذا أيضاً لأجل أنه لم يقم بغيره ، كالذى يلزمه فرائض كثيرة فأقام بعضها لم يجز لأحد أن يقول إن الذى قام بها وأدى حسب الواجب غير مؤدى . فكذلك هذا . ولا يشبه هذا أن يكون المولىّ كافرا أو عبدا لأن الكافر لا يلزمه الفرائض إلا بعد الإيمان فلا ولاية على المسلمين ، وأما العبد فلأنه لا يملك الولاية ولأنا قد بينا أن القضاء معتبر بالشهادة فمن لا تجوز شهادته لا يجوز قضاؤه . وأما فى الفصل الأول فإن المولى ممن يجوز قضاؤه كما تجوز شهادته فلذلك افترقا . وأما إذا كان القاضى خلاف ما وصفناه فإنه لا يجوز قضاؤه فى شىء فينبغى أن يُرد ذلك كله[٦] .

410 باب استخلاف القاضى // [ل ١٠٣ أ]

الأصل فى هذا الباب أن القضاء لا يتضمن الاستخلاف لأنه غير مفتقر إليه فى نفاذ الأحكام فصار كالوكالة [١]التى هى غير مفتقرة إلى الاستخلاف . ولما لم يجز للوكيل أن يوكل غيره إذا لم يكن الموكل قد جعل إليه ذلك لأنها لا تتضمن استخلاف وكيل آخر ، كذلك القاضى لا يجوز له أن يولى قاضياً

(٤) ل : أمكن .
(٥) ساقط من ل
(٦) ساقط من ف .

آخر ما لم يجعل إليه الإمام أن يولى القضاة [فإذا فعل] جاز له أن يوليهم ويكونوا جميعاً قضاة الإمام كأن الإمام ولاها لأن القاضي الأول كالوكيل للإمام فى نصب القضاة(١) . وليس هذا كالإمامة فى الصلاة لأن الإمام قد ضمن صحة الصلاة والصلاة تحتاج فى صحتها إلى الاستخلاف ، فإذا سبقه الحدث ولم يستخلف مكانه حتى يخرج من المسجد تفسد صلاة القوم . فمن هذه الجهة قد تضمنت الاستخلاف ومثله غير موجود فى القضاء // [ف٨٩ب] فلا يجوز(٢) أن يتضمن الاستخلاف كالوكالة على ما بيّنا . وليس كذلك الوصية . إن للوصى ان يوصى إلى غيره ويقيمه مقامه وإن لم يكن الموصى قال له ذلك من قبل أن الوصى يقوم مقام الميت(٣) بدلالة أنه يتصرف على الموصى [عليه](٤) فى ماله كما كان الميت يتصرف عليه وأنه مأمون القول من جهته . فإذا كان كذلك وكان للموصى أن يوصى ، كذلك الوصى لما قام مقامه كان له أن يوصى عنه ويقيم غيره مقامه . وليس كذلك القاضى لأنه لم يقم(٥) مقام الإمام بل للإمام أن يعزله ويخرجه من القضاء فأشبه الوكيل من هذه الجهة ، كما ليس للوكيل غيره إلا بأمر الموكل ليس للقاضى أن يستخلف غيره إلا بإذن الإمام . قال أبو حنيفة رحمة الله عليه : الوصى فى شىء بعينه وصىّ(٦) فى جميع الأشياء ، لأنه لا يكون وصياً حتى يقوم مقام الموصى وتصرف الموصى لم يكن // [ل ١٠٣ ب] مقصوراً(٧) على بعض الأشياء . كذلك تصرف الوصى(٨) .

---

410 (١) ف : من هذا الوجه . فكما جازت الوكالة وان لم يكن الوكيل [ج : الوكيل] أن يوكل غيره وجب أن يجوز القضاء وإن لم يكن له أن يستخلفه غيره . [وهنا يتبع فى ل جملتان تكرران نفس المعنى مع بعض اضطراب] .

(٢) ف : يجب . (٣) ف : الموصى .

(٤) ل : الوصى . ف : الموصى إليه .

(٥) ل : يقيم . (٦) ل ، ف ، ج : وصيا .

(٧) مزيد فى ل : له . (٨) ل : الموصى .

(٩)فقارقت الوصية الوكالة والقضاء(٩) جميعاً لهذه العلة . ولهذا قالوا : إن تولية القضاء ببعض الأحكام دون بعض جائز كما تجوز الوكالة ببعض الأشياء دون بعض .

411 فصـــل(١)

قال : { فإن جعل الإمام إلى القاضى أن يولى غيره فولاه فإن الثانى أيضاً يكون قاضيا للإمام } كما قلنا فى الوكيل الثانى يكون وكيلا للموكل الأول مع الوكيل الأول .

412 فصـــل(١)

قال : { وإن كان الخليفة أمر القاضى أن يستخلف رجلا يسمع من الخصوم ويقيموا عنده البيّنات ويكتب الإقرارات ولا يقطع حكما فأمر القاضى رجلا يقوم بذلك على حسب ما جعل إليه الخليفة ، فإن لهذا إمضاء ما جعل إليه من سماع البينات وكتب الإقرارات ومسئلة الشهود ، فإذا بلغ إمضاء الحكم ينهى ذلك إلى القاضى حتى يحكم القاضى بذلك بعد أن يعرف صحة ذلك ويسمع الشهادة إن كان ذلك بالشهادة أو الإقرار إن كان ذلك بإقرار ، فيسأل عن الشهود أيضاً ولا يقتصر على ما جرى عند خليفته } لأنه لا يجوز له أن يقضى بما لم يسمع ولم يثبت عنده . فصار إذن الخليفة فى استخلاف القاضى هذا الرجل إنما عمل فى تيسير ما يتعلق به الحكم من بينة

---

(٩) ف : وفارق الوصية والوكالة القضاء .

411 (١) ساقط من ل .

412 (١) ساقط من ل . الاعتماد فى هذا الفصل على مخطوطة ف لأن هذه الصفحة فى مخطوطة ل غير واضحة الكتابة .

أو إقرار عند خليفته . إلا أنه [لم] يقتصر على سماع خليفته لأن خليفته لما لم يجز قضاؤه لا يتعلق بسماع البينة حكم لغيره .

413 فصــــل[1]

قال : { [2]وإن كان الشهود شهدوا عند خليفته بالحق للمدعى عليه ثم ماتوا بعد ذلك أو غابوا فأعلمه خليفته أنهم شهدوا عنده على كذا وكذا لم يقبل ذلك ولم يحكم به حتى يشهدوا // [ل ١٠٤ أ] بالشهادة عنده . فكذلك الإقرار إن كان المدّعى عليه أقر بشىء عند خليفته ثم جحد ذلك فأخبره خليفته أنه أقر لهذا الرجل بكذا وكذا وهو يجحد ذلك لم يقبل القاضى ذلك إلا أن يأتى الخليفة فيشهد على ذلك ويشهد معه غيره ثم يقبل القاضى ذلك على طريق الشهادة } . وهذا بيّن على ما وصفنا لأن سماع الخليفة للبينة لم يقع موقعه فصار كأن الشهود ماتوا أو غابوا قبل أن يشهدوا فلا يجوز للقاضى أن يحكم بغير سماع . وكذلك حكم الإقرار لما بيّنا . وأما قول الخليفة فى الإقرار من المدعى عليه للمدّعى بحقه فإنما لم يُقبل حتى يُضم إليه شهادة شاهد آخر فلأن قوله غير مقبول على المدعى عليه . ثم لا يُقبل قول رجل من عُرْض الناس على المدعى عليه بإقراره حتى يُضم إليه شاهد آخر . ولا يشبه خليفة القاضى فى هذا القاضى ، إن القاضى إذا أقرّ عنده المدعى عليه جاز له أن يحكم عليه بذلك الإقرار عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، والخليفة ليس كذلك لأن الخليفة لم يسمع منه الإقرار على وجه الحكم إذ ليس هو بحكم وإنما يسمع منه كما سمع واحد من الناس لكونه غير حاكم بما سمع منه . وأما القاضى فهو حاكم يجوز حكمه ، فإذا سمع شيئاً جاز له أن يحكم

---

413 (١) ساقط من ل .

عليه بذلك كما يجوز له أن يحكم عليه بشهادة شهود المدعى[٢] .

414 قال : { ولو أن القاضى استخلف رجلا ولم يجعل الإمام ذلك إليه فحكم خليفة القاضى [١]بشىء لم يجز . فإن أجازه القاضى وأنفذه وحكم به فهو جائز وكان القاضى[١] هو الذى حكم بذلك إذا كان خليفته ممن لو كان حاكماً جاز حكمه . ولو كان خليفته [٢]عبداً أو ذمّياً أو صبياً أو مجنوناً[٢] لم يجز إجازة القاضى لذلك الذى حكم به[٣] . ولو كان امرأة جاز إجازة القاضى فيما حكمت فى غير الحدود [٤]وهى حرة عدل تجوز شهادتها[٤] } من قِبل أنّ [٤]القضاء عقد من العقود[٤] [٥]وكل عقد له مجيز فى الحال فإنه يقف على إجازة مجيزه إذا كان العاقد يملك مثل العقد[٥] . [٦]وأما إذا كان الموقّع للحكم عبدا أو ذمياً أو صبياً أو مجنوناً فإنه لا يقف لأن هؤلاء لا يملكون هذا العقد بحال . ألا ترى أن الإمام لو ولاهم القضاء لم يجز قضاؤهم ؟ فكذلك ما حكموا

---

(٢) ف : فان مات الشهود بعد ما شهدوا عند خليفته هـذا لم يجز القاضى أن يحـكم بتلك الشهادة . وكذلك المقر لو مات بعد اقراره عند خليفته هذا لم يجز أن يقضى بذلك الإقرار ، وقال له خليفته انهم قد // [ف ٩٠ أ] شهدوا عندى أو أنه أقر عندهم بذلك ويكون الإقرار كالشاهد على الاقرار إن انضم إليـه شاهد آخر على إقراره جاز للقاضى أن يقضى بشهادتهما لأنه من حـكم رجل ليس بخليفة له على ما قدمنا . وأما الشهادة فلا يتعلق بها حـكم لأن السامع للشاهد لا يجوز له أن يشهد على الشهادة التى سمعها إلا أن يكون الشهود الأول قد أمروه بالشهادة على شهادتهم .

414 (١) ساقط من ف . (٢) ف : ممن لا يصلح للقضاء .

(٣) مزيد فى ف : وصار وجوده كعدمه .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ف : فاذا كان له مجيز بأن يملك ايقاع مثله وقف على اجازة مجيزها ، كذلك هذا . — وهنا يتبع فى ل فقط ما يلى :

وهذا أصل مقرر فلا س [؟] فى الأصول فى غير موضع . فاذا كان كذلك قلنا فى مسألتنا : ان هذا العقد الذى عقده خليفة القاضى وهو الحاكم ، له مجيزه فيقف على إجازة مجيزه ، فان أجازه جاز فان أبطله كما قلنا فى سائر // [ل ١٠٤ ب] العقود .

به لا يقف على إجازة أحد لأنه لا يجوز أن يكون حكماً منه بنفسه ولا يأمر غيره به . وإذا كانت امرأة فإنه يجوز في كل ما يجوز قضاؤها فيه ويقف على إجازة القاضي لأنها لو استُقضيت جازت أحكامها في [غير] الحدود ، كذلك إذا حكمت وقف على إجازة القاضي وصار كأنها قضت بأمر القاضي عند الإجازة[٦] . [٧]وليس كالصبي إذا طلق امرأة إنسان فأجاز الزوج ذلك الطلاق ، إنه يجوز من قِبل أن الزوج لو كان وكل الصبي بطلاق امرأته جاز طلاقه ، والإمام لو جعل القضاء إلى هذا لم يجز ، وكذلك إن القاضي المجيز لو كان قد جُعل إليه الاستخلاف فاستخلف هذا لم يجز قضاؤه ، كذلك لم يجز أن يقف عقده عليه . وهذا الوجه الثاني يمكن أن يعتمد عليه أيضاً وذلك أن القاضي إنما يجيز قضاء هذا لو رأى استخلافه فإذا كان خليفته ممن لا يجوز قضاؤه أن لو كان الاستخلاف إلى القاضي وقد ولاه لم يقف على إجازة القاضي إذا أجازه ، وإنما يجيز ذلك القضاء ، وإذا لم يكن قضى على وجه القاضي لم يكن ممن يجوز قضاؤه بحال[٧] . // [ف ٩٠ ب] .

415 باب القاضي يُعزل فيطالب بشيء مما كان فعله وهو قاض[١]

الأصل في هذا الباب أن قول القاضي مقبول في براءة نفسه غير مقبول على المقضيّ عليه في إزالة ما كان يملكه من ملكه ولا في إيجاب الضمان على المقضي له[٢] . وذلك أمين فيما يقضي به ، وقول الأمين مقبول في براءة نفسه

---

(٦) الاعتماد هنا على ل . أما ف ففيها تقديم وتأخير وكثير من الغموض .

(٧) الاعتماد هنا على ف إذ أن مخطوطة ل غير واضحة .

415 (١) الاعتماد في هذا الباب على مخطوطة ف إذ أن مخطوطة ل غير واضحة في أول الباب .

(٢) مزيد هنا في ف و ج : مقبول . ولعل هذه الكلمة كانت بمثابة تعليق على الحاشية ثم نقلها الناسخ خطأً إلى المتن .

غير مقبول فى إيجاب الضمان على غيره أو إزالة ملك الغير ، كالوكيل بعد العزل إذا قال : قد بعتُ ما وكلتنى ببيعه وأخذت الثمن وضاع منى ، وهو قائم بعينه ، إنه مصدقٌ فى براءة نفسه من الضمان غير مصدق على إزالة عين الموكل ببيعه من ملكه . ولو كان [العين][٣] مستهلكا لم يكن عليه . وكذلك المودَع إذا قال : قد دفعتُ الوديعة إلى وكيلك بالقبض ، وقال هو : لم يدفعها إليه ، وقد هلكت الوديعة ، لم يجب على المودع ولا على الوكيل بالقبض شىء . كذلك القاضى قوله مقبول فى براءة نفسه إذا كان المقضى به غير قائم بعينه مثل أن يكون مالا استهلكه أو عتق عبد أو طلاق امرأة أو القود أو قطع يد ، ولا ضمان على المقضى له إذا لم يقر بشىء من ذلك لأن قول القاضى غير مقبول فى إيجاب الضمان على غيره . ولو كان المال قائماً بعينه قد اعترف المقضى له أنه أخذه منه على وجه [القضاء][٤] لم يصدّق القاضى ولا المقضى له على إزالته من ملك المقضى عليه . وإنما يفارق القاضى الوكيل والمودع من وجه واحد وهو أن القاضى لا يمين عليه فى شىء من هذا ، والوكيل والمودع عليهما من إسقاط الخصومة وإن قُبل قولهما فى براءتهما . وذلك أن القاضى لو كان عليه اليمين فيما يتعلق به من الحكم لصار خصما ولم يجز قضاؤه . وهذا معدوم فى الوكيل والمودع . فلذلك افترقا .

416 "باب خطا الحاكم"[١] // [ل ١٠٥ ب]

الأصل فى هذا الباب أن القاضى منصوب لكافة الناس لأن نفعه عائد على جميع الناس ولأن إقامة أحكام الله تعالى قد لزمت [٢]لسائر المكلفين[٢] .

---

(٣) ف و ج : العبد . (٤) ف و ج : القاضى .

416 (١) ل : باب خطأ القاضى وأنه على وجهين .

(٢) ل : جميع الناس من العقلاء للأحكام .

وقد أقاموا القاضى مقامهم فى إقامة تلك الأحكام من حيث تعذر قيام الناس بأنفسهم بإقامة هذه الأحكام . فإذا كان كذلك قلنا [٣]ما لحقه[٣] من جهة الحكم على وجه الخطأ أو الغلط يكون على وجهين ، أحدهما أن يكون المحكوم به حق الله تعالى [٤]مثل الرجم والجلد فى الزنا ونحوهما فيكون دية المرجوم وأرش الزانى فى بيت المال[٤] ، [٥]لأن فى بيت المال حق جميع الناس فما لحق من جهة الحاكم فإنه يثبت فى الموضع الذى فيه حق جميع الناس وهو بيت المال[٥] . والوجه[٦] الثانى أن يكون المحكوم به حقاً لبنى آدم كالقضاء بالمال والقود أو العتق أو غير ذلك من حقوق الآدميين فما كان قائماً بعينه رُدَّ على حاله كأن القضاء لم يكن ، فقد بينا أن ذلك القضاء لم يكن قضاء سواء كان ذلك مما يلحقه الفسخ كالبيع ونحوه أو مما لا يلحقه الفسخ كالعتق والطلاق لأن وجود ذلك القضاء كعدمه . وإن كان المقضى به غير قائم بعينه فعلى المقضى له قيمته لأنه إنما أخذه[٧] له[٨] فصار كأخذه بيده وتسليمه إليه بأمره على أنه له ، فإذا لحقه الضمان بذلك رجع به عليه . كذلك هذا . فأما القاضى فلا يلزمه شىء لأنه لم يصر بذلك متعدياً إذا لم يتعمد الخطأ وإنما خفى عليه أمر الشهود فى كونهم عبيدا أو محدودين فى قذف فصار كالوكيل الذى لم يصر متعدياً بتصرفه ولأن القاضى لو لزمه الضمان صار خصما فى تلك الخصومة فلم يمكن بقاؤه

---

(٣) ف : ما لا يجوز للقاضى .

(٤) ف : كحد الربا وشرب الخمر فيكون الضمان فى بيت المال .

(٥) ف : لأن حق الكافة ثابت فيه والمحكوم به حق لله تعالى لزم الكافة // [ف ٩٦ أ] القيام به والقاضى قائم مقامهم ، وجب أن يكون ما لحقه من الضمان بذلك إذا لم يكن هو متعديا بذلك أن يكون فى بيت المال الذى هو حق الكافة .

(٦) من هنا إلى آخر الباب جرى الاعتماد على مخطوطة ف لأنها أوضح ، ولا فرق أساسى فى المعنى مع وجود فروق لفظية كثيرة لا فائدة من إثباتها . أنظر المقدمة لمعرفة أسباب الفروق اللفظية بين المخطوطات .

(٧) أي القاضي .　　　(٨) أي المقضي له .

على القضاء . ومعلوم أن وقوع الغلط والخطأ على هذا الوجه لا يخرجه من القضاء فوجب أن لا يلزمه شيء . وأما // [ل١٠٦ أ] إذا تعمد الخطأ والجور في قضائه فإذا اعترف بذلك عُزِّر ، وعليه غرم ذلك للمقضى عليه . ولا يصدق على نقض القضاء على المقضى له إن كان قد وقع على وجه يجوز في الظاهر وينعزل عن القضاء بالباطل والجور يوجب الفسق والفسق يخرجه من القضاء . فإذا اعترف بذلك كان قوله مقبولا على نفسه من خروجه من القضاء بفسقه ووجوب التعزير عليه ووجوب الضمان للمقضى عليه . ولا يصدق على المقضى له من فسخ القضاء لأن الظاهر أن القضاء جائز ، فلا يُقبل قوله أنه باطل . وهذا ينبغي أن يكون إقراره على غير وجه الندم والتوبة والإقلاع عن ذلك ، فلا ينبغي أن يُعزَّر ويعود على قضائه على حاله وإن كان معترفا بأنه قد كان العزل قبل ذلك لأن القاضي إذا فسق ثم تاب عاد على قضائه عندهم . كذا هذا .

417 باب القاضي يقضي بالقضاء ثم يرى بعد ذلك خلافه

ذكر { حديث إسماعيل بن عُلَيَّه[1] عن داوود عن الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقضي بالقضاء ثم ينزل // [ف ٩١ ب] القرآن بغير الذي قضى فيرد[2] قضاءه ويستأنف[3] . { قال الشيخ[4] : وليس هذا في مسئلتنا لأن النبي صلى الله // [ل ١٠٦ ب] عليه وسلم إنما يفعل هذا لأن الأول يصير منسوخا بالثاني الذي أنزل عليه . وكلامنا في الحكم بما يسوغ فيه الاجتهاد وإذا أدى اجتهاده إلى خلاف الأول هل ينقض الأول أو يبقيه على حاله ؟ فبان أنه ليس للحديث تعلق بمسئلتنا . والذي يدل على صحة مسئلتنا أن ما لزم

---

417 (١) أنظر ابن سعد ، طبقات ، ج ٦ ، ص ٢٥١

(٢) ل : فلا يرد . (٣) لم يرد هذا الحديث في ولسنك .

(٤) الاعتماد من هنا إلى آخر الباب على مخطوطة ف إلا إذا أشرنا إلى خلافه .

بعد الاجتهاد الثانى فيما يؤدى إليه اجتهاده يكون الصواب إذ كل مجتهد مصيب عندنا فيما يؤدى إليه اجتهاده فى موضع يسوغ فيه الاجتهاد . فإذا كان كذلك فالأول قد حكم به على وجه الصواب فلا يجوز له فسخه كما لو كان قاضياً آخر فقضى به لم يكن فسخه . وقد بينا عن عمر وغيره من الصحابة أنهم كانوا لا(٥) يردون القضاء الأول إذا أدى اجتهادهم فى الثانى إلى خلافه .

418 قال : { ولو أن قاضياً قوضى(١) إليه فى أمر من الأمور وهو يذهب فى ذلك إلى مذهب وفى هذا الأمر اختلاف بين العلماء فنسى القاضى رأيه ومذهبه فى ذلك وقضى بخلافه ، والذى قضى به مما قاله بعض العلماء فإن أبا حنيفة قال : أمضى هذا القضاء ولا يرجع عنه إذا كان ذلك مما قد جاء الأثر فيه ، وقال أبو يوسف : يردّ ذلك ويقضى بما كان عليه رأيه } . وذلك نحو قول الرجل لامرأته : أنت خلية أو بريّة أو بتّة ، والقاضى يرى أن ينوى فى ذلك فنسى رأيه وجعلها بائنة بثلاث فإن على قول أبى حنيفة قضاءه نافذ وعلى قول أبى يوسف يرجع عن ذلك ويشهد أنها واحدة وهو خاطب(٢) .

419 قال الشيخ : هذه المسئلة حسنة وهى مبنيّة على اختلافهم فى جواز المجتهد تقليد غيره (١مع اجتهاد نفسه بخلافه١) . قال أبو حنيفة : جائز . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز . فأبو حنيفة لما كان عنده جواز تقليده مع الذكر ، فمع النسيان أيضاً يجوز له أن يقضى بمذهب غيره . وعند أبى يوسف أنه لمّا كان من أصله أن تقليده // [ل ١٠٧ أ] لمذهب المخالفين فى الاجتهاد (٢لا يجوز فى حال الذكر كذلك فى حال النسيان لا يجوز إمضاء الحكم على مذهب مَن خالفه فى الاجتهاد ، فينبغى أن ينقض ذلك الحكم على رأيه٢) .

---

(٥) فى ل فقط .

418 (١) ل : خوصم .
(٢) ج : خاطىء . والخاطب هو الطالب ، أى أنه طالب الطلاق .

419 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف .

وهذا الخلاف كان الشيخ أبو عبد الله[٣] يقول على القلب مما كان الشيخ أبو بكر يقوله وقد ذكر الخصاف على حسب ما قال الشيخ أبو بكر وصار كأنه قضى بمذهب نفسه وقضى بما لا يسوغ فيه الاجتهاد . ولم يختلفوا أن هذا لو كان حكما لا يسوغ فيه الاجتهاد ونسى الواجب ان قضاؤه لا يجوز . ولهذا شرط إذا كان مما قد جاء فيه الأثر ، يعنى مما يسوغ فيه الاجتهاد لأن ورود الأثر فيه يسوغ فيه الاجتهاد // [ف ٩٢ أ] وإذا لم يكن قد حصل الإجماع على خلافه . إلا أن مذهب أبى حنيفة فى هذا مشكل لأن أبا حنيفة إنما قال فى مسئلة الأصل بما قاله من قِبل أن تقليده لمذهب من هو أفقه منه يكون اجتهادا إذ إنما يسوغ له الرجوع إلى قوله إذا كان اجتهاده يؤدى إلى أن ذلك أفقه منه ، والحكم بطرق الاجتهاد والرأى فى هذا معدوم فى مسئلتنا إذ لم يقل أنه حكم بمذهب غيره على هذا الوجه . فإن حُمل الكلام على أنه حكم بمذهب غيره على وجه الاجتهاد صح ، وإلا لم يصح .

420 باب ما يُحلّه قضاء القاضى وما لا يُحله

الأصل فى هذا الباب أن قضاء القاضى فى الباطن كَهُوَ فى الظاهر فى العقود وفسخها عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف على ما قال ها هنا . وحكمه[١] فى الظاهر كهو فى الباطن فى جميع الوجوه وهو قول محمد . وقد اختلفت الرواية عن أبى يوسف فى كتاب العتاق فى مسئلة العبد وفى كتاب النكاح فى مسئلة تزويج الوكيل إذا جحد الموكل النكاح فقال فى أحد الموضعين مثل قول أبى حنيفة وفى موضع آخر مثل قول محمد . والمسئلتان جميعاً مبنيتان على

---

(٣) أنظر فقرة 408 ، ملاحظة ٢ ومن هذه الجملة إلى آخر الفقرة قول أحد تلامذة الجصاص ، أى مدرس هذا الشرح .

420 (١) ف : حكم .

هذا الأصل . وكان الشيخ يقول : إن آخر قوله مثل قول أبى حنيفة . وقد بينا الأصل المختلف فى تعليق النكاح والعتاق // [ل ١٠٧ ب] وغيره . [٣]وتفسير ذلك كله أن القاضى إذا حكم لرجل على رجل ببيع عبد أو غيره أو حكم على امرأة لرجل بالنكاح أو غير ذلك من بينة العقود ، والمحكوم له يعلم أن شهوده شهدوا له بزور ، جاز له أن يطأ المرأة المحكوم له بنكاحها ، وكذلك الحكم فى البيع وإن علم المقضى له أنه لم يكن هناك عقد . فحكمه فى الباطن كهو فى الظاهر ، ويكون البيع بينهما صحيحاً على ما حكم به القاضى . [وعنده][٢] : قضاء القاضى بهذه العقود نافذ فى الظاهر ويلزمه حكمها ، إلا أنه مع ذلك حكم الباطن لازم فيما بينهما ، فلا يسع الرجل قرب المرأة المحكوم له بنكاحها ، ولا يسع المشترى أن يقرب الجارية المشتراة بحكم الحاكم بشرائها له . وأما الأموال فلم يختلفوا أن حكم القاضى للمقضى له بالمال الذى فى يدى المقضى عليه من العقار أو العروض أو غير ذلك من الأعتاب والديون لا يصح له أخذه فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن حكمه فى الظاهر كهو فى الباطن فإنه لا يحلّ له أخذه إذا كان عالماً بأن القاضى قضى له بالباطل ، على هذا الخلاف[٣] .

421 وأصل[١] ما يُحتجّ لأبى حنيفة فى هذا قصة هلال بن أمية أن النبى عليه السلام قال[٢] حين فرّق بينه وبين امرأته باللعان « إن جاءت به على صفة كيت وكيت فهو لشريك ، [٤]وإن جاءت به على كيت وكيت فهو لهلال» فجاءت به على الصفة المكروهة من الزنا فلم يُبطل حكم الفرقة وقال « لولا ما مضى

---

(٢) ل : وعندها . ولعل المراد : عنده ، أى عند محمد .

(٣) ساقط من ف .

421 (١) ف : وأحد . (٢) ساقط من ف .

من كتاب الله تعالى لكان لى ولها شأن »[٣] . ولم يفسخ تلك الفرقة مع علمه بالقصة على خلاف ما قُصّت[٤] وأن الفرقة لم تكن واجبة ، ومع هذا لم يفسخ تلك الفرقة وأمضاها . فإذا ثبت هذا فى فسخ العقد ثبت مثله فى العقد[٥] لأن أحداً لم يفصل بين العقد والفسخ . وأيضاً فإن للقاضى ولاية فى العقود على الناس وفسخها ، ألا ترى أن له أن يبيع على الغائب ما يحفظه عليه ، وله أن يبيع على الميت ويفسخ عليه ؟ وهذه الولاية قائمة على جميع الناس وإن كانت فى بعض المواضع تُعقد عليهم[٦] دون بعض . فإذا كان كذلك فمتى أوقع العقد أو الفسخ على وجه يجوز من مالكه فى حال هو مأمور به لا يسعه تركه وجب أن يثبت العقد ويصحّ . وكذلك الفسخ قياساً على [٧]عقد نفسه[٧] وعقد المالك على نفسه من حيث أوقعه من لا ولاية له على الوجه المأمور به . ولا يُعترض [٨]على هذا[٨] القاضى بنكاح // [ل١٠٨ أ] المقضى له أو ذات // [ف٩٢ب] محرم منه إذا تبين فى الثانى أنها محرمة منه لم ينفذ عليها لأن المقضى له[٩] لو تزوجها لم يجز ، ونحن إنما جعلنا عقده كعقد المقضىّ له بالعلة التى قدمناها . ولا يُعترض على هذا أيضاً بتزويج الخامسة لهذه العلة . ولا يعترض عليه بالقضاء بالعقد ثم تبين أن الشهود عبيد وإن أوقعه على سائر الشرائط المذكورة من العلة ، وذلك أنّا نقول : إن العقد واضح هاهنا إلا أن عندنا لو عقد المقضى له أيضاً لا يمنع إلحاق الفسخ به . ألا ترى أنه لو تزوج امرأة بغير إذن وليها وهو غير كفؤ لها جاز النكاح ومع هذا للأولياء فسخ النكاح ؟

---

(٣) هذه القصة مروية مع بعض الاختلاف فى ترجمة شريك بن السحماء (أسد الغابة لابن الأثير ، ج ٢ ، ص ٣٩٧) وفى ترجمة هلال بن أمية (ج ٥ ، ص ٦٦) .

(٤) ف : فجاءت به على تلك الصفة وبين الأمر على ما قال هلال .

(٥) ف : العقود .

(٦) ساقط من ل .

(٧) ف : من عقد لنفسه .

(٨) ساقط من ل .

(٩) ساقط من ل .

422 ولا يلزم على هـــذا الأموال لأن القاضى لا يقضى فى الأموال بالملك[١] وإنما يقضى بالتسليم ، والتسليم لا يوجب الملك . فإذا أثبتنا أن المال للمقضى[٢] عليه وجب رده كما لو أخذنا المقضىّ له على غير وجه التمليك وجب عليه رده على صاحبه لأنه ليس للقاضى ولاية فى تسليم الأموال إلى غير أربابها بغير بدل يحصل لهم ، فلا يلزم على العلة . وأما قوله تعالى ﴿ ولا تأكـلـوا أموالـكـم بينكـم بالباطل ﴾[٣] وغير ذلك من الظواهر والآثار ، ونهيه عن أكل مال الغير بالباطل ، وقوله عليـه السلام « من اقتطع مال امرىء مسلم بيمينه لقى الله تعالى وهو عليه غضبان »[٤] فإن هـذا كله لا يدل على موضع الخلاف إذ ليس فيها ذكر العقود ولا فسخها ، وإنما المذكور الأموال فقط .

ومذهب أبى حنيفة فى الأموال أن قضاءه فى الظاهر كهو فى الباطن إذ لم يكن هناك عقد أو فسخ عقد يوجب ذلك المـال للمقضى[٥] له فى الظاهر[٦] . // [ل ١٠٨ ب] وقد روى عن على رضى الله عنه فى القضاء بالنكاح : شاهداك[٧] زوّجاك[٧] ، حين قالت المرأة : زوّجنيه يا أمير المؤمنين فما بينى وبينه نكاح . ولا يعرف مخالف فى هذا فهو أصل فى هذا الباب[٨] .

423 فصـــل

قال : [ولو كان الزوج الثانى جاهلا بأمرها] ، يعنى أن القاضى فرق بينها وبين // [ل ١٠٩ أ] الأول بشهادة شهود زور أو نحو ذلك ، [يسع الثانى

---

422 (١) ل : بالمال . (٢) ف ، ج : المقضى .

(٣) سورة البقرة ، ٢ : ١٨٨

(٤) أنظر بخارى ، توحيد ، ٢٤ ، وابن حنبل ، ج ١ ، ص ١٨٩

(٥) ف : المقضى .

(٦) مخطوطة ل تثبت هنا أحاديث أخرى كالسابق لأنما بعض الـكلمات غير واضحة .

(٧) بياض فى ف .

(٨) مزيد هنا فى ل موجز النقاط التى مرت .

المقام معها [لأن الظاهر أن الفرقة صحيحة وليس عليه حكم ما لا يعلمه، ولم يُجعل له طريق إلى معرفته ولا يكلّف ذلك إذ أمور الناس محمولة على الصحة دون الفساد . وهذا على مذهبهما ، فأما على مذهب أبي حنيفة فسواء كان الثاني عالماً بأمرها في الفرقة أو جاهلا فإنه يسعه المقام معها لِما بيّنا أن حكم القاضي في الظاهر وهي مكلفة وجب أن يكون كذلك حكمها في الباطن عنده . (١)قال : [وليس للأول أن يقربها] ، يعني على قولها أيضاً وإن كانت هي امرأته في الباطن على قولها . وذلك أن // [ف ٩٣ أ] فرقة القاضي في الظاهر ترفع الزوجية ، فصارت هي أجنبية منه عند الناس لو وطئها لزمه الحد ، فلا يجوز له أن يفعل ما يستحق به الحد ويكون فاسقاً عند الناس . وكذلك لا يجوز له أن يتزوج أختها لأن الأولى وإن كانت في الظاهر قد بانت منه فهي عندهما امرأته على أصلهما أن القضاء في الظاهر كهو في الباطن لا يجوز أن يتزوج أختها مع كون الأولى امرأته في الباطن . ولا يتزوج أربعاً في عقدة واحدة لأن الأولى بعدُ تحته . فإن كانت الأربع تزوجها في عقد // [ل ١٠٩ ب] متفرقة فإن نكاح الثلاث الأولى يصح ويبطل نكاح الرابعة . وعلى هذا تجرى المسائل : يلزمه اجتنابه الأولى لكونها أجنبية منه في الظاهر ما لم يحدث هناك في الظاهر ما يكون سبباً لإباحة الوطء في الظاهر مثل أن يكون قد تزوجها الثاني فدخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها فتزوجها الأول . وأما قبل ذلك فلا يجوز كما قدمنا (١) . [فإن قالت المرأة : قد تزوجت، زوجاً غيرك ودخل بي وطلقني وانقضت عدتي ، والزوج يعلم كذبها(٢) أو يغلب في ظنه أنها كاذبة لم يسعه أن يتزوجها] لأنه ليس لقولها حكم إذا كان الزوج يعلم كذبها ، فصار كأنه لم يوجد . فلا يجوز أن يتزوجها لأنها تحت الزوج المحكوم به في الظاهر عنده ، وقولها الكذب لم يرفع هذا الظاهر .

---

423 (١) الاعتماد هنا على ف . أما ل فيها تقديم وتأخير مع بعض الاضطراب .

(٢) ل : كذلك بها .

424 فصـــل

{ ولو شهد بتزويج الثاني وطلاقها شاهدان بالزور وفرّق القاضي بينها وبين الثاني وانقضت عدتها كان للأول أن يتزوجها وإن علم كذب ذلك } لأن حكم القاضي ببطلان نكاح الثاني يرفع تحريم الأول ، فجاز للأول أن يتزوجها إذ عنده إنها على زوجيته ، غير أنه لم يكن يسعه المقام معها مع ظاهر التحريم . وقضاء القاضي بطلاق الثاني يرفع نكاحه في الظاهر . فإن كان قد دخل بها حل للأول أن يتزوجها إذا انقضت عدتها ، فإذا تزوجها ارتفع التحريم الظاهر بينهما وتكون امرأته بنكاح جديد في الظاهر ، وأما في الباطن فهي امرأته على النكاح[1] الأول .

425 مسـألة[1]

قال : { ولو أن رجلا أقامت عليه أمته بيّنة أنه أقرّ ابنته [2] بشهود زور فأعتقها القاضي وجعلها ابنته في الحكم فلا يحل له أن يطأها ولا[2] يقربها ولا يحل لها أن تأكل من ميراثه شيئاً } ، وهذا قول أبي يوسف . وقال أبو حنيفة: لا بأس أن تأكل[3] من ميراثه وموته[3] ، [4] لأن حكم الباطن كهو في الظاهر عند أبي حنيفة // [ل ١١٠ أ] على ما قلنا في سائر العقود ، لأن حكم القاضي بالنسب حكم بثبوت الفـراش والفراش لا يكون إلا من نكاح أو ملك أو ما جرى مجراهما[4] .

---

424 (١) كذا في ج . وفي ل . ف : النكاح

425 (١) ساقط من ل .

(٢) ف : فقضى القاضي بذلك فإنها تكون حرة وليس له أن .

(٣) ل : ميراثه وتركته .

(٤) ف : فجعل هذه المسئلة على الخلاف كالمسائل المتقدمة في العقود وفسخها // [ف ٩٣ ب] ولأن لم يكن ها هنا عقد ولا فسخ عقد . والذي نعرفه من الخلاف ما يكون عقداً أو فسخ عقد فإن كان هذا صحيحاً على قياس هذا أن تكون الشهادة على الإقرار بالمال وسائر ما يتعلق بالقول مثل هذا .

426 قال : { ولو أن رجلا باع من رجل أمة بيعاً صحيحاً فجحد المشترى ذلك وحلف فإن أبا حنيفة قال : إذا أجمع البائع على ترك الخصومة فلا بأس أن يغشى الأمة ويبيعها ، وإن كان طعاماً أكله ، وإن كان ثوباً لبسه وإن كانت الخصومة[1] فى دابة[2] لم يكن له ذلك . وكذلك قول أبى يوسف } ، وذلك أن الحلف إنما هو لإسقاط الخصومة فى الحال ، لا للقضاء بفسخ البيع على البائع لأنه [لو] وجد البينة على دعواه لزم المشترى الجارية وإن كان قد حلف . فبان أن حقّ البائع فى الخصومة باق وأن البيع لم ينفسخ من جهته . وأما الفسخ من جهة المشترى فإذا أجمع رأيه على ترك الخصومة صار ذلك رضاء بالفسخ فترجع الجارية إلى ملكه كما كانت . وهذا مثل الإقالة من المشترى قبل قبول البائع وإن قبلها البائع رجعت الجارية إلى ملكه ، وإن لم يقبلها لم ترجع إليه كذلك[2] .

427 فصـــل[1]

{ ولو لم يكن كذلك ولم يكن رد الجارية على البائع بعيب وجده فيها وهو فيه ظالم فقامت البينة بذلك بالزور أن العيب كان عند البائع ، إذا استُحلف على ذلك فنكل عن اليمين فرد القاضى الجارية عليه فإن له أن يطأها ويتصرف فيها تصرف الملاك على قول أبى حنيفة سواء عزم على ترك الخصومة أو لم يعزم } . وليست هذه كالأول . وأما فى قول أبى يوسف فليس له أن يتصرف فيها ما لم يعزم على ترك الخصومة كالأول . وهذا على ما بينا من الخلاف أن البينة ها هنا أو إباء [البائع][2] عن اليمين سبب لفسخ البيع فى الظاهر ، فقضاء

---

426 (١) ساقط من ل .
(٢) الاعتماد هنا على ف إذ أن ل يصعب استخلاص معناها فى هذه الفقرة .

427 (١) ساقط من ل . والاعتماد فى هذا الفصل على ف لصعوبة استخلاص المعنى من ل .
(٢) فى ف ، ج : الزوج ، وهو خطأ .

القاضى بذلك يوجب فسخ البيع فى الباطن كهو فى الظاهر عنده . وفى قول أبى يوسف لا يوجب فسخ البيع فى الباطن فلا يجوز له تصرفه فيها حتى يعزم على ترك الخصومة ، فيكون ذلك رضاء بالفسخ . وأما المسئلة الأولى فعلى قولين جميعاً لم يوجب به حلف المشترى // [ل ١١٠ ب] فسخ البيع كما قدمنا ، فلذلك لم يجز له التصرف إلا مع ترك الخصومة على ما بينا . وأيضاً فى الفصل بينهما : إن حلف المشترى هناك على أنه لم يشتر شيئاً فكيف يكون فسخاً لعقد لم يقع عنده ؟ وها هنا العقد واقع والقضاء إنما وقع على الفسخ // [ف ٩٤ أ] بالبينة أو نكول البائع ، فصار كما قلنا فى مسئلة الطلاق ونحوها .

428 مسـئلة

قال : { ولو أن رجلا قال لامرأته : أنتِ طالق البتة ، وهو ينوى واحدة ، ثم خطبها على صهر جديد وشهود ، ثم رافعته إلى القاضى وجعلها ثلاثا وفرق بينهما فإنه لا يسع الزوج أن يقربها ، وإذا انقضت عدّتها جاز لها أن تتزوج وجاز للزوج أن يتزوج أختها وأربعا سواها } . (١)قال الشيخ : هذا قول أبى حنيفة ، وعلى أصلهما إن القاضى إذا قضى بخلاف ما عند المقضى له هل يجوز له تقليد حكمه فيما بينه وبين الله أم لا . قال أبو يوسف ومحمد : لا يلزمه على اختلافهم فى تقليد المجتهد مذهب غيره ، إلا أن الخصاف لم يذكر ها هنا خلافا . فجائز أنه حمل المسئلة على أن الزوج لم يكن من أهل الاجتهاد فتكون المسئلة بلا خلاف على ما قاله . وإن كان من أهل الاجتهاد حُمل على ما قال الشيخ(١) . إلا أنه قد مرّ قبل هذا فى الباب الكبير فى المسئلة أن الزوج إذا كان عالماً بالحكم ، إن على قول أبى يوسف وحده ، لا يلزمه حكم القاضى فيما بينه وبين الله تعالى ، وفى قول محمد يلزمه . وإنه لم يحمل هذا

428 (١) المتكلم هنا هو مدرس الشرح ، أحد تلامذة الجصاص .

كاختلافهم فى تقليد أحد الفقيهين الآخر كما بينا فى الفصل بينهما هناك . فيجب أن يكون الخلاف فى هذه المسئلة على هذا الوجه : أن يكون محمد مع أبى حنيفة فى لزوم حكم القاضى وثبوته فى الظاهر والباطن وإن كان مع أبى يوسف فى مسئلة القضاء بالإباحة مثل أن يرى القاضى أن لفظ البائن والحرام لا يوجب البينونة ، فحكم بإباحة النكاح ، والزوج يرى البينونة ، فإذا كان الزوج هو الذى يرى البينونة لا تقع بهذا اللفظ والقاضى قد حكم بالبينونة فلا خلاف أن البينونة تقع فى القضاء فيما بينه وبين الله . لأن هذا مما يسوغ فيه الاجتهاد [و][2] قد حكم بالتحريم وهذا كما يستدل محمّد على أبى يوسف . فإذا كان ذلك وجب أن تكون مسئلتنا بلا خلاف على ما قال الخصّاف لأن القاضى قضى بإيقاع الثلاث . وقال الشيخ بعد ذلك : هذا قولهم جميعاً ، يعنى على الوجه الذى حكيناه عنه والذى كان يفرق لأبى يوسف بين القضاء بالإباحة وجعل لفظ البائن رجعية ، وعند الزوج أنها رجعية إنه يلزمه حكم القاضى فيما بينه وبين الله . وعنده أيضاً أن الرجعة يلحقها بينونة [؟] // [ف ٩٤ ب] ، فقضاء القاضى بالبينونة فى موضع يسوغ فيه الاجتهاد ويقطع حكم الرجعة كما يقطع بينونة الزوج الرجعية ، فكونها رجعية عنده [يمنع][3] البينونة بقضاء قاض ، ولذلك عده [؟] عليه . وإذا كان اللفظ يوجب البينونة عنده فهى بائن ، فقضاء القاضى بالرجعية // [ل ١١١ ب] لا يرفع البينونة عنده كما لا يرفعها فعل الزوج ، ولا يجعلها رجعية هذا الذى يمكن أن يفصل بينهما ، وليس يقوى لأن القاضى قد قضى فى الحالتين فى موضع يسوغ فيه الاجتهاد فوجب أن يثبت حكم القضاء ، فلا اعتبار بما عند الزوج[4] .

---

(٢) كذا فى ج .

(٣) كذا فى ج . وفى ف : لم تمنع . ثم يوجد بياض .

(٤) الاعتماد فى هذه الفقرة على ف مع استئناس بمخطوطة ج . والفقرة لا تخلو من إبهام . أما مخطوطة ل فيها تقديم وتأخير . وقد ذكرنا فى المقدمة أسباب الاختلاف بين المخطوطات .

429 باب ما ينبغي للقاضي أن يضعه على يدى عدل إذا خوصم إليه فيه

الأصل فى هذا الباب أن المدّعى إذا كان مما يتعلق [١]به معنى تكون المطالبة فيه لله تعالى[١] فإن على القاضى أن يحتاط فيه ويحول بين المدّعى عليه وبين المدعى [٢]إذا قامت بينة على الحق وإن لم يُزكّوا[٢] . [٣]وإن كان لا يتعلق به تكون المطالبة فيه لله تعالى[٣] لم يَحُل بينه وبين المدعى ، ما لم يخف عليه إتلافه . وأما إذا لم تقم بينة على دعواه وأقام شاهداً واحداً فإنه لا يحول بينه وبين المدعى فى الوجهين جميعاً . وتفسير ذلك : رجل فى يديه أمة ادّعاها رجل وأقام عليها شاهدين عند القاضى أنها له ، والذى هى فى يديه ينكر ذلك ، والقاضى لا يعرف الشهود ، فإنه ينبغى للقاضى أن يضع الجارية على يدى امرأة [٤]ثقة مأمونة ، حتى يسأل عن الشهود ولا يتركها فى يدى الذى هى فى يديه لأن المعنى الذى يتعلق به وهو المنع من الوطء حق لله تعالى وهو المطالب به[٤] . [٥]ألا ترى أن المرأة الموطوءة لو رضيت بإسقاط الحد عن الوطء لم يسقط الحد عنه ولا عنها ويُضربان جميعاً ؟ لأن إقامة الحد حق لله تعالى ، فكذلك هاهنا المنع من الوطء حق لله تعالى وللقاضى أن يمنع الذى فى يديه الأمة من وطئها إذا أقام المدعى شاهدين ، لأنه متى زكيت البينة بعد القضاء بالسماع المتقدم فيكون المدعى عليه قد وطىء ملك المدعى ، فعلى القاضى أن يمنعه من ذلك سواء كان الذى فى يديه مأمونا أو غير مأمون ،

---

429 (١) ف : حق الله تعالى به .

(٢) ل : إذا أقام أحدهما شاهدين على دعواه .

(٣) ف : وأما إذا لم يكن الحق لله تعالى .

(٤) ف : عدل ، لأن المنع من الوطء للمحظور حق لله تعالى .

لأنه وإن كان مأمونا فهى عنده أنها جاريته فلا يمنع من وطئها[٥] .

430 قال[١] : { وكذلك لو لم يدّع الرجل ولكن الأمة ادّعت أنها حرة الأصل أو أن مولاها الذى هى فى يده أعتقها وأقامت بينة على ذلك فهو مثل هذا . وكذلك امرأة ادعت على زوجها الطلاق الثلاث وأقامت على ذلك بينة فإنه ينبغى للقاضى أن يمنع الزوج منها ويحول بينه وبين الدخول عليها // [ل ١١٢ أ] إلا أنها لا تخرج من منزله } . وليس هذه كالأمة فى هذا الموضع من قِبل أن هذه لا تخلو من أن تكون مطلقة أو غير مطلقة ، فعليها العدّة ولا يجوز إخراجها من منزله ما لم تنقضِ عدتها ، وإن كانت غير مطلقة فهى زوجته فلا تخرج من البيت . وهذا على أنه دخل بها قبل ذلك . وأما الأمة فليست كذلك لأنها إن كانت معتقة فالواجب إخراجها من منزل معتقها ، وإن كانت غير معتقة فالواجب أن لا تخرج . فإذا كان كذلك وقد وُجد السبب الذى استحق إخراجها من منزله ، وهو إقامة البينة ، وجب أن تخرج . وأما [الحيلولة][٢] بينها وبين الزوج فواجب ، ويجعل معها امرأة ثقة تمنع الزوج منها كما قلنا فى الأمة . وكذلك كل معنىً يوجب تحريم الوطء على الزوج أو المولى فهو مثل هذا . ولو لم يُقِم واحدة // [ف ٩٥ أ] منهما البينة على ما ذكرنا من الدعاوى لم يحل القاضى بين المولى وأمته ولا بين الزوج وامرأته . وكذلك لو كان مكان دعوى ملك الجارية الشراء أو الهبة أو الصدقة أو الوصية أو غير ذلك من وجوه الملك والذى فى يديه الجارية ينكر ذلك فأقام المدعى لذلك بينة ، فالحكم فى ذلك من الحيلولة بينها وبين الأمة كالحكم فى دعوى الملك المطلق . والعلة فى هذا ما ذكرنا هناك .

---

(٥) ف : ولا يؤمن أن يطأها المدعى عليه وإن كان عدلا لأنه معتقد أنها له ، وتزكى البينة ويحكم بالجارية للمدعى بذلك السماع المتقدم للوطء فيحصل الوطء من ملك المدعى .

430 (١) ساقط من ف . والاعتماد هنا على ل ، وفى ف نفس المعنى مع اختلاف فى الكلمات .

(٢) ل : الحيل .

431 فصـــل(١)

قال : { ولو أن رجلا ادعى على امرأة أنها امرأته وهى مع رجل تدعى أنه تزوجها ، والرجل يصدقها(٢) بذلك ، فأقام المدعى عليها بينة أنها امرأته ، والقاضى لايعرف الشهود ، فإن القاضى يعزل هذه المرأة إذا سأل ذلك الرجل الذى أقام البيّنة } . وفرّق بين هذه المسئلة والتى قبلها فشرط ها هنا سؤال المدعى فى تعديلها(٣) ولم يشرط فى دعواها الطلاق إذا أقامت البينة على طلاقه لها من قِبل أنها إذا ادعت الطلاق الثلاث وأقامت على ذلك بينة فإنه يجعل معها امرأة ثقة ،.وفى الأمة يدعها على يدى عدل حتى ينظر القاضى فى البينة ، لأن العتق والطلاق [يوجبان](٤) فسخ الملك للوطء فإذا أقيمت البينة على المعنى الموجب لفسخ الملك [لم يجز الوطء إذ قدوجد](٥) السبب لارتفاع الإباحة . وأما فى مسئلتنا فإن القاضى لا يحكم ببطلان نكاح // [ل ١١٢ب] الذى هى فى يديه وإنما يردّ أمره على ما كان عليه ويحكم بالنكاح للخارج إذ قد أقام البينة ، ولم يوجب ذلك فسخ شىء . إن الذى هى فى يديه لو أقام البينة مع بينة الخارج كان أولى . وكذلك لو أقام البينة أنه كان قد تزوجها قبل الخارج فإن القاضى يُبطل بينة الخارج ويُبطل نكاحه ويرد المرأة إلى الذى كانت فى يديه . فلو كان قضاء القاضى للخارج بالنكاح يوجب فسخ النكاح بينها وبين الذى هى فى يديه لم يلتفت إلى بينة بعد ذلك . فقد بان لك أن القاضى لا يحكم عليه بالفسخ . (٦)ومما يدل على الفصل بينهما أن المدعى هاهنا لو صدّق المدعى عليه

---

431 (١) ساقط من ل . الاعتماد هنا على ل ، ما عدا الجملة الأخيرة من الفقرة فهى من ف .

(٢) أى يؤكد صدق ما تقول .

(٣) كذا فى ل ، والمعنى المراد : وضعها على يدى عدل .

(٤) ل : يوجب .

(٥) هذه الكلمات غير واضحة فى ل ولعل المثبت هو الصواب .

فى كونها امرأته وترك دعواه بعد إقامة البينة كانت المرأة امرأة المدعى عليه على حالها ، وفى مسئلة العتق والطلاق لو تصادقوا جميعاً على أنه لم يكن هناك عتق ولا طلاق بعد إقامة البينة لم يُلتفت إلى قولهم ويُحكم بالعتق والطلاق إذا زُكيت البينة[٦] .

432 مســـئلة[١]

{ وكذلك امرأة الغائب إذا تزوجت على أن الغائب قد مات ثم قدم الغائب فتنازع الزوجان فيها وأقام الغائب البينة كان الكلام فيها كالكلام فى هذه التى تقدمت . وكذلك الزوجان إذا تنازعا فادّعت المرأة فسخ النكاح وأقامت البينة ، وادّعى الزوج صحته كان مثل هذا ، ولا يُحال بينهما إلا بسؤال المرأة المدعية للفساد . وكذلك اختلاف المتبايعين فى بيع الجارية ، فادعى البائع فساد البيع وأقام البينة ، وادعى المشترى // [ل ١١٣ أ] صحته فهو مثل هذا } .

433 فصـــل[١]

{ ولو كان المدّعَى [٢]غلاماً أو ثوبا أو عقارا أو غير ذلك[٢] مما يُنقل أو يُحوَّل أو غيره ، وأقام المدعى البينة على دعواه ، وسأله أن يضعه على يدى عدل فإن القاضى لا يفعل ذلك — إلا أن يكون الذى هو فى يديه فاسقاً مخوفا على إتلاف مافى يديه فإن القاضى يضعه على يدى عدل — ويتركه فى يديه } . وإنما كان كذلك لأنه ليس هناك معنى يتعلق به حق الله تعالى

---

(٦) هذه الجملة من ف .

432 (١) ل : مسئلة . الاعتماد هنا على ف لأن ل فيها تطويل وغموض .

433 (١) ساقط من ل . والاعتماد على ل وإن كانت ف بنفس المعنى مع اختلاف فى الكلم .

(٢) ف : فى هذا كله من البيع والهبة والصدقة وعتق العبد أو العقار أو العروض .

وإنما هو حق بنى آدم . فما لم يستحق إخراجه لم يخرجه من يده // [ف ٩٥ب] ولكن يؤخذ منه كفيل بنفس المدعى عليه وبالشيء ووكيل على خصومته على ما بينا فيما تقدم . وأما إذا كان مخوفاً عليه فإن له أن يحتاط فيه ويضعه على يدى عدل كى لا تستهلك العين فتصير القيمة دينا فى ذمته ، فلا يقدر المدعى على استخراجها فيتوى[٣] حقه بذلك . [٥]قال : { فإن كان غير مخوف عليه فطلب منه القاضى كفيلا بنفسه وكفيلا بذلك الشيء فأبى ذلك المدعى عليه ، فإن القاضى يأمر المدعى أن يلزمه ويلزم ذلك الشيء ، إلا أن يعطيه كفيلا } . وقد بينا ذلك فيما تقدم لأنه قد ثبت له حق الاستحقاق ، والاستحقاق إنما يقع عند [التزكية][٤] بالسماع المتقدم[٥] .

434 [١]قال : { ولو أن رجلا فى يده جارية ادعى رجل نصفها بأنه له أو أنه اشترى ذلك من الذى هى فى يديه ، وأقام على ذلك بينة وسأل القاضى أن يضعها على يدى عدل إلى أن تُزكّى بينة ، فإن القاضى لا يخرجها من يدى الذى هى فى يديه } لأن المعنى الموجب لإخراج الجارية من يديه ليس هو تحريم الوطء فحسب . ألا ترى أن الرجل لو كان عنده أخته من الرضاع لم تُخرج من يده لكونها محرمة الوطء ؟ فقد علمت أن المعنى الموجب لإخراجها من يده إنما هو تحريم الوطء واستحقاق الرقبة ، والمدعى لا يستحق هاهنا ببينته جميع الرقبة فلا يستحق إخراجها من يده . وإن خاف المدعى أن يستهلكها // [ل ١١٣ ب] أخذ منه كفيلا بنفسه وبالجارية كما قلنا فى سائر العروض[١] .

---

(٣) أى يضيع . (٤) ل : التركة .

(٥) ساقط من ف ، ج .

434 (١) هذه الفقرة موجودة فى ل و ج ، وساقطة من ف .

435 قال : { ولو أن رجلين فى يديهما جارية فتنازعا فيها فادّعاها كل واحد منهما فإن القاضى يدعها فى أيديهما ولا يخرجها من أيديهما ما لم يُقم أحدهما البينة على دعواه } لأن الظاهر أنها ملك لها فلا يكون أحدهما أولى من الآخر . { فإن تنازعا فى ذلك أمَرَهما القاضى أن يجمعا على رجل يضعانها على يديه إلى أن تقوم لهما بينة } (١)لأنه حق لكل واحد منهما(١) فإذا أقام أحدهما البينة على دعواه أخرجت من أيديهما وتوضع على يدى عدل(٢)من قِبل أن الغير لم يُقم البينة كما لو كانت الجارية كلها فى يده [فإن] أقام المدعى البينة أنها له وسأل القاضى الحيلولة بينه وبين الجارية فعل ذلك لما بينا ، كذلك هاهنا . وأما صاحب البينة فلا يستحق إمساكها قبل تزكية البينة كما قلنا فى المسائل المتقدمة فلذلك يخرجها من أيديهما ويضعها على يدى عدل(٢) .

436 قال : { وإذا ادعى رجل على امرأة كبيرة أو صغيرة أنه تزوجها وأقام على ذلك البينة(١) فإنه لا يستحق وضعها على يدى عدل إلى أن تزكى البينة } ، (٢)لأن المرأة فى يد نفسها ولا يُخاف تضييع حق الله تعالى فى الوطء المحظور على ما قدمنا ، إذ ليست هى فى يدى مَن يخاف [عليه] وطؤها ، إلا أنه يؤخذ منها كفيل بنفسها كما قلنا فى سائر الحقوق إذا خاف [تلافها](٢) .// [ف ٩٦ أ] .

---

435 (١) ل : لأنه يكون احوط الكلام احدهما [؟] .

(٢) الاعتماد هنا على ف اذ أن ل مضطربة جداً فى معناها .

436 (١) ساقط من ل .

(٢) الاعتماد هنا على . لأن المعنى فى ل مضطرب .

437 باب الرجل يدّعي الشيء في يدي غيره من العقار والعروض

الأصل في هذا الباب أن القضاء بالمجاهيل لا يصح ولا الشهادة عليها ، وهذا ما نعلم فيه خلافا بين [١] أهل العلم [١] . فإذا كان كذلك قلنا إن الشيء المدعى إذا كان مما يُنقَل ويُحوَّل فيجب أن يكون حاضراً عند القاضي حتى يقع على عينه الشهادة والقضاء ويحلفَ المدعى عليه إن لم يكن للمدعي بينة ، لِما قلنا إن القضاء على مجهول لا يجوز . وإن كان مما لا // [ل ١١٤ أ] يُنقل[٢] كالعقار فينبغي أن تنفى الجهالة بالتحديد حتى لا يقع القضاء والشهادة على مجهول . فإذا كان هذا على ما وصفنا جئنا إلى مسائل الباب :

438 [٣] فقال : [إن الرجل إذا ادعى جارية أو غلاما أو دابّة أو ثوبا أو عرضاً في يدي رجل فأراد استحلافه على ذلك ، وذلك في يدي المدّعى عليه ، فإن القاضي لا يحلّفه حتى يحضر الشيء المدعى عليه [لِما قلنا إن القضاء لا يصح على مجهول ، والقاضي قد جهل عين ما غاب عنه . فإن قيل : فاليمين لا يُقضى بها شيء وإنما تسقط بها الخصومة في الحال ، [فهلا جوزتّم][١] الحلف من غير إحضار الشيء المدعى ، قيل له : هذا غلط لأن القاضي لا يسمع دعواها [٢] في الشيء حتى يحضر فتقع الدعوى على عين الشيء ، فإذا كان كذلك فإحضار الشيء واجب حلف المدعى عليه أو لم يحلف وكذلك لو أقام المدعي البينة على دعواه ووقت البينة وقتاً أو لم يوقّت فهو سواء ولا يُسمع من

---

437 (١) ف : الناس . (٢) ل : يحوّل .

438 (١) ل : فهو لا جوز ثم . (٢) أي دعوى اليمين .

البينة إلا بعد إحضار الشيء المدعى[٣] .

439 فصـــل[١]

{ فإن قال الشهود : نشهد أنه له وأنه يملكه منذ عشر سنين ، لم يحتاجوا إلى أن يقولوا : لا نعلمه باع ذلك ولا وهبه } ، لأن الشهادة لا تقع على النفي[٤] ، وإنما هي على الإثبات . فإذا شهدوا له بالملك منذ عشر سنين فهو ملك له ما لم يظهر لنا زواله عن ملكه . وما قالوا بإثبات[٢] الشهود بإثبات الوارث : نشهد أنه وارثه لا وارث له غيره ، على وجه الشهادة إنما يسقط عن القاضي التلوّم[٣] فيه . ألا ترى أنهم لو لم يقولوا هذا كان القاضي يتلوم فيه ثم يعطي الوارث الشيء إذا لم يظهر له وارث غيره ؟ فإذا كان كذلك ثبت أن ذلك أيضاً ليس على وجه الشهادة عندهم[٤] .

440 قال : { وإذا ادعى عقاراً في يدي رجل أنه له وأقام على ذلك بينة وحدده وذكر أربعة حدود قبلت البينة وقُضي له به } لأن العقار قد صار معلوما عند القاضي بالتحديد ، [٢]إذ لا يمكن نفي الجهالة عن العقار إلا بالتحديد ، وقد حددوه ووصفوه [فنُفيت][١] عنه // [ل ١١٤ ب] الجهالة بحسب الإمكان فوجب أن يُقضى للمدعى به[٢] .

---

(٣) ف : فان قيل إن البينة لا يقع بها قضاء وإنما هي لاسقاط الخصومة قيل له إن الدعوى لا بد من أن تكون معلومة معروفة . وقد بينا أن معرفة ما يمكن نقله بالتعيين أبلغ ، وما لا يمكن نقله فبالوصف والتحديد . فلا فرق بين أن تكون البينة للقضاء أو لاسقاط الخصومة .

439 (١) ساقط من ل . (٢) هذه الكلمة غير واضحة في ل .

(٣) أي الابطاء .

(٤) الاعتماد على ل . النص المثبت في ف مع تقديم وتأخير .

440 (١) ل : فنقول .

(٢) ف : فوجب أن يجوز القضاء به كما يجوز شراؤه وإن كان نفي الجهالة عنه مأخوذاً علينا كما أخذ نفيها عن القضاء .

441 قال : { ولو لم يشهد الشهود أن العقار فى يدى المدعى عليه يومئذ[١] لم تقبل شهادتهما وإن اتفق المدّعى والمدّعى عليه أنه فى يدى المدعى عليه } [١]من قبل أنه جائز أن يكون الشىء فى يدى غيره فيكون قد قضى عليه وهو غائب فلا يجوز[١] ، لأن هذا يجوز أن يكون حيلة منهما على مالك العقار [٢]فى استحقاق الدار عليه بقول المدعى عليه إن الشىء فى يده حتى يقضى القاضى عليه به للمدعى ويكون الاستحقاق عليه استحقاقا على غيره . فإذا كان كذلك لم يقبل منه البينة حتى يثبت كون العقار فى يدى المدعى عليه حتى يقع الاستحقاق عليه . وليس هذا كالعروض لأن القاضى لا يقضى بالعروض على المدعى عليه إلا بعد إحضارها عنده ، فيقع الاستحقاق على عين العرض من يدى المدعى عليه[٢] .

442 قال : { وإن لم يشهد الشهود على حدود أربعة وشهدوا على ثلاثة ولم يعرفوا الرابع جازت[١] شهادتهم } لأنه // [ف ٩٦ ب] [٢] قلما يتفق داران فى سكة واحدة فى حدود ثلاثة ، كما يُقبل اتفاقهم فى حدود أربعة . وهذا كما قالوا فى النسبة للبائع والمشترى أنه ينبغى أن يُنسب إلى أبيه وجده ، فيعرف باسمه واسم جدّه وقبيلته أو حرفته التى يعرف بها ، لأنه قلما يتفق رجلان من قبيلة واحدة أو محلة واحدة فى الاسم والنسب إلى الأب والجد[٢]. قال [٣] : { ولو حددوه بحدين لم يقبل شهادتهما } [٤] لأن مثل هذا يتفق كثيرا فلا يتميز به هذا العقار من غيره . ومثل ما قالوا فى تعريف الرجل أنه

---

441 (١) ساقط من ل .

(٢) الاعتماد على ل . وفى نفس المعنى مع اختلاف فى الكلمات .

442 (١) ف : قبلت .

(٢) ف : يتعرف بثلاثة ويتميز من غيره فى الغالب . وهذا كما قالوا فى تعريف الغائب بالاسم والنسب إلى أبيه وجده ولا يحتاج إلى رابع فى تعريفه ما لم يشتبه بغيره . كذلك هذا .

(٣) ساقط من ل .

لا يُعرف باسمه واسم أبيه ما لم يُنسب إلى جده أو إلى شيء يُعرف به ويتميز من غيره[٤] .

443 قال : { ولو قالوا للقاضي : نشهد أن الدار في موضع كذا ونحن نقف على حدودها [١]ونسمي محلتها[١] ونعرفها لهذا الرجل وفي ملكه ولكنا لا نعرف أسماء حدودها قَـبِلَ ذلك . فإذا أراد أن يحكم بذلك المدعى بعث بالشهود ليروا[٢] على الحدود ويقفوا عليها ، ويذهب المدعى بجماعة // [ل ١١٥ أ] معهما من الشهود حتى يقفوا على الحدود بحضورهم ويقولوا : هذه حدود الدار التي شهدنا بها لهذا المدعى ، أو : هي هذه الدار وهذه حدودها ثم يأتون القاضي فيشهد أولئك الذين حضروا مع الشاهدين أنه قد حكم على هذا الرجل المدعى عليه بهذه الدار التي شهد بها هذان الشاهدان ووقفا على حدودها . } وذلك لما بينا أن القضاء والشهادة لا يصحان إلا على معلوم . [٣]فإذا كان معلوما عند الشهود فالشهادة واقعة على معلوم ، فينبغي أن يجوز . وفي مسئلتنا الدار معلومة بحدودها عند الشهود وإنما جهلوا أسماء الحدود والجهالة باسم المشهود به لا تمنع صحة الشهادة[٣] ألا ترى أنهم لو شهدوا [٥] فقالوا : نشهد أن هذا العبد لهذا الرجل وهو قائم بعينه [بين][٤] يدى القاضي ، جازت الشهادة وإن جهلوا اسم العبد المشهود به ؟ كذلك الشهادة على الدار إذا كانت معلومة عندهم جازت الشهادة وإن جهلوا اسم الحدود . فإذا قُبلت الشهادة لم يجز للقاضي أن يقضي حتى تصير الدار معلومة

---

(٤) الاعتماد على ف ، إذ أن ل فيها بعض اضطراب .

443 (١) ل : وتعر عليها . (٢) ف : ليمشوا .

(٣) ف : ومتى حصل معلوماً عند الشهود وجب أن يصح . وأما جهالة اسم المشهود به أو اسم حدوده فلا يخل من هذا .

(٤) ل : في .

لئلا يقع القضاء بمجهول[٥]، فينفذ شهودا إلى الدار مع الشهود الذين شهدوا بالدار حتى يُشيروا لهم إلى حدود الدار ويأخذوا أسماءها ثم يجيئون إلى القاضى فيعرّفونه [٦]فإذا عرفها القاضى بتحديد هؤلاء الشهود قضى بها للمدعى حينئذ[٦].

444 قال: }ولو لم يعرف الشهود الحدود ولا سمّوها وكانت داراً مشهورة باسم رجل مثل دار عمرو بن حُرَيْث[١] بالكوفة ومثل دار الزبير[٢] بالبصرة فهذه مستغنية عن الحدود فيقبل الحاكم ذلك ويحكم بها. وكذلك الضيعة أو القرية إذا كانت [٣]شهرتها شهرة قد بانت وظهرت عند الناس قَبل القاضى ذلك[٣].{ وهذا قول أبى يوسف ومحمد. قال الشيخ: وفى قول أبى حنيفة لا يقبل ذلك حتى يحددها بحدود أربعة أو ثلاثة على ما بينا فيما تقدم // [ل ١١٥ ب] [٤]لأنه قد يجوز أن يزاد فيها وتكون الزيادة أيضاً منسوبة إلى الدار، وكذلك يجوز النقصان منها ولا يُخل باسم الدار فيحصل الباقى منها // [ف ٩٧ أ] مجهولا[٤].

445 فصـــل[١]

قال: }ولو قالوا نشهد أن الدار التى بالكوفة فى محلة بنى فلان التى تلاصق

---

(٥) الاعتماد على ل، أما ف فهى بنفس المعنى.
(٦) الاعتماد على ف لأن ل فيها اضطراب.

444 (١) هو عمرو بن حريث بن عمرو بن عثمان المخزومى. ولى إمرة الكوفة لزياد ولابنه. توفى ٨٥ هـ.
(٢) ج: الزبير بن العوام. صحابى قتل يوم الجمل سنة ٣٦ هـ.
(٣) ف: تعرف بشهرتها جازت الشهادة والقضاء بها.
(٤) الاعتماد على ف إذ أن ل فيها إعادة.

445 (١) ساقط من ل.

دار فلان بن فلان الفلانى مما يلى كذا وكذا ، أو قالوا : هى بين دار فلان بن فلان الفلانى وبين دار فلان بن فلان (١) الفلانى هذا هى لفلان بن فلان (١) هذا المدعى وفى ملكه ، وقالوا : لا نعرف حدودها ولا نقف عليها . فقال المدّعى : أنا آتيك بشهود آخرين يعرفون حدود هذه الدار ويشهدون أن حدها كذا ، وأتى بشاهدين فشهدا أن حدود هذه الدار تنتهى إلى كذا والثانى إلى كذا والثالث إلى كذا والرابع إلى كذا لم يقبل القاضى ذلك منهما ولم يحكم بالدار للمدّعى . وكذلك الصيغة والعقار مثل هذا } لأن الحكم إنما يقع بشهادة الأوّلين (٢) اللذين شهدا بالدار للمدّعى ، والآخران لم يشهدا بملك الدار وإنما شهدا بحدود الدار . والاعتماد فى إنفاذ الحكم على شهادة الأولين ، وشهادة الأولين واقعة على مجهول (٢) لأن كون الدار بين دار فلان وبين دار فلان لا (٣) تنفى الجهالة عنها (٣) إذ قد يجوز أن تكون بين (٤) هاتين الدارين ، ومع ذلك بينهما دار أخرى مع هذه الدار ، فصارت الشهادة واقعة على بعض ما بين الدارين فلا يجوز (٤) . وأيضاً فإن هذه شهادة على حدّين للدار وقد بينا أن التحديد بحدين لا يقع به التعرف ، فلا تجوز الشهادة .

446 فصـــل (١)

قال : { ولو أن المدّعى ادعى العبد أو الدار // [ل ١١٦ أ] فى يدى المدّعى عليه فشهد له شاهدان أنه كان فى يديه أمس أو منذ شهر ولم يشهدوا له بالملك (٣) فإن القاضى لا يقضى له بشىء من وجهين ، أحدهما أن يد المدعى

---

445 (١) ساقط من ل .
(٢) ف : وجب أن يكون المشهود به معروفاً عندهم .
(٣) ف : توجب المعرفة بها .
(٤) الاعتماد على ف ، إذ أن ل فيها اضطراب .

446 (١) ساقط من ل .

عليه شاهدة متيقنة فلا يجوز إزالتها بيد [٢] غير متيقّنة[٢] . والثانى أن الشهادة باليد شهادة على مجهول } لأن الذى يختلف منها : يد أمانة ، ومنها يد ضمان ومنها يد ليست بأمانة ولا ضمان مثل يد السارق ومثل يد الغاصب ، ومثل الثوب الذى تلقيه الريح فى دار إنسان فى يدى صاحب الدار. فإذا كانت الأيدى مختلفة لم تُقبل شهادتهم على إثبات اليد . والعلة الأولى أصح لأن الشهادة على اليد مقبولة عندهم[٣] .

447 فصل[١]

قال : { وإن أقرّ الذى الشىء فى يده عند القاضى أنه كان فى يدى هذا المدعى فإن القاضى يأمره بدفعه إليه } [٢] لأن إقراره مقبول على نفسه فيلزمه حكمه[٢] .

448 فصل[١]

قال : { ولو شهدوا أن الشىء كان فى يدى المدعى وأن المدعى عليه أخذه منه أو غصبه إياه ، قُبِلَ ذلك } ، لأنا لا نثبت اليد بالبينة وإنما [٢] نثبت الأخذ والغصب إذ الشهادة على الغصب لا تكون إلا على هذا الوجه[٢] . وكذلك لو شهدوا [٣] أنه أبق[٣] فأخذه المدعى عليه ، أو أنه أعاده أو أودعه عنده //

---

(٢) كذا فى ف . وفى ل : بينتها من جهة الحاكم .

(٣) ف : لم يقبل هذه الشهادة لأن اليد المشاهدة متيقنة واليد التى تريد إثباتها غير متيقنة ، إذ كونها فى يده أمس أو منذ شهر لا يمنع ثبوت يد هذا عليها بحق ، فلا يجوز إبطال اليد المتيقنة الحاصلة بما لا يتيقن ثبوتها .

447 (١) ساقط من ل .

(٢) كذا فى ف ، أما ل ففيها تطويل وكثير من الغموض .

448 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .

(٣) ل : له بالإتلاف .

[ف٩٧ ب] [٤]فإن القاضي يحكم للمدعى بذلك على المدعى عليه لأنهم قد بينوا أن يد المدعى عليه تثبت من جهة المدعى بأخذ // [ل ١١٦ ب] الشيء منه. وفي الباب الأول لم يشهدوا للمدعى بأن يد المدعى عليه تثبت من جهته فلذلك افترقا. وكذلك لو شهدوا أن الشيء له وأنه أخذه من المدعى أو رهنه منه فإن القاضي يقبل ذلك ويحكم به للمدعى[٤].

449 قال : { ولو ادعى أنه اشترى دارا من هذا الرجل أو قرية أو ضيعة ولم يحدد ذلك ، فأقر المدعى عليه بذلك واتفقا على حدود ذلك فإن القاضي يحكم بذلك على المدعى عليه } . [١] ولا يشبه هذا إقامة البينة على مثل هذا لأن الإقرار يثبت حكمه بنفسه ويصح بالمجاهيل فيلزم المقر حكمه[١] .

450 فصل[١]

{ [١]فإن أقر بالشراء واختلفا في الحدود[١] وليس المشتري مشاهدا يعرف حدوده فإنهما يتحالفان على ذلك ويترادّان البيع } لأن [٢] المشتري مجهول ولا يتحصل معلوما مع اختلافهم في الإقرار[٢] .

451 [٣]قال : { ولا [يُبطل][١] القاضي البيع بينهما حتى يسأل المشتري لأن هذا خلافه[٢] ، فجائز أن يرجع إلى ماقال البائع ويأخذه على ماقاله . فإن لم يرجع إلى تصديق البائع نظر القاضي في ذلك وتأنى . فإن أتى المشتري بحجة

---

(٤) ف : فهو مثل هذا لأنهم قد أثبتوا اليد من جهة المدعى .

449 (١) ف : من قبل أن الاقرار يصح في مجهول وإن لم تصح الشهادة على مجهول .

450 (١) ساقط من ل .
(٢) المعتمد على ف إذ إن ل مضطربة هنا .

451 (١) في و ج : يقضى . ولكن المعنى يتطلب ما أثبتناه .
(٢) كذا في ف ، ج .

وإلا يقف البيع بينهما لأن فيه إبطال حق البائع . فإن جاء المشترى بكتاب الشراء، كتبه على البائع ، فشهد الشهود على إقرارهما جميعاً بذلك الشراء وفيه تسمية الحدود ، فإن القاضى يلزم البائع ذلك } لأن الشراء قد حصل معلوما بإقرارهما [٣] .

452 باب الرجلين يدعيان الشىء: كل واحد منهما يدعيه كله ويقيم البينة أنه له ، وليس هو فى يد واحد منهما ، وما جاء من الأحاديث فى القرعة أو مَن قرع ومَن لم يقرع

ذكر { حديث تميم بن طرفة[١] أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ناقة ليست // [ل ١١٧ أ] فى يد واحد منهما وأقام كل واحد منهما البينة أنها ناقته ، فجعلها النبى صلى الله عليه وسلم نصفين } . قال الشيخ : هذا الحديث رواه مرسلا عن تميم بن طرفة وقد أسنده جابر بن سمرة وذُكر فى بعض الروايات ناقة وفى بعضها دابة[٢] . وهو مقبول لا يدفعه أحد ، ولو لم يثبت سنده لم يجز إرساله على أصلنا . ولأن كل واحد منهما مدّعٍ وقد أقام الحجة التى يستحق بها الشىء فيتساويان فى الاستحقاق فوجب أن يكون بينهما . [٣] كالابنين إذا مات أبوهما ولم يكن له وارث غيرهما ، إن الميراث بينهما نصفين عند المزاحمة لتساويهما فى السبب الموجب للاستحقاق

---

(٣) الاعتماد على ف لأن ل مضطربة جداً .

452 (١) تميم بن طرفة الطائى المتوفى سنة ٩٤ هـ . كان ثقة قليل الحديث . أنظر ابن سعد طبقات ، ج ٦ ، ص ٢٠٢

(٢) جابر بن سمرة بن جنادة السوائى ، صحابى حليف بنى زهرة . توفى ٧٤ هـ . أنظر زركلى ، ج ٢ ، ص ٩٢ . وفى النسائى ، قضاة ، ٤٧ : دابة .

وهو النسب ، ولم يقرع بينهما[٣] . وذكر حديث أبي الدرداء[٤] أن رجلين اختصما إليه في فرس فأقام كل واحد منها البينة أنها نتجت عنده ، لانعلمه باعها ولا وهبها فقضى به أبو الدرداء بينهما وقال : // [ف٩٨ أ] ما أحوج هؤلاء إلى سلسلة بني إسرائيل ؛ كان داود عليه السلام إذا جلس للقضاء نزلت السلسلة فأخذت بعنق الظالم . فدل أن القرعة لو كانت مشهورة لم تخفَ على أبي الدرداء . وما يُروى عن سعيد بن المسيّب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اختصم إليه قوم في أمر واستوت بيّناتهم في العدد والعدالة فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم وقال « اللهم أنت تقضي »[٥] ، ثم قضى لمن خرج سهمه . وهذا عندنا منسوخ بقوله عليه السلام « البيّنة على المدّعي واليمين على [٦]من أنكر »[٦] ، وبتحريم الأزلام والميسر والمخاطرة ، ولأنه مرسل لا يصحّ تعلقهم به على أصولهم . ولا يُعتبر في هذا عدد الشهود لأن الشاهدين وأكثر منهما قد صاروا في الاستحقاق سواء ، إذ النبي صلى الله عليه وسلم لم يفرق في الخبر المتفق على استعماله بين كثرة وقلة بل قال : « البينة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه » .

453 [١] قال : { ولو أقام أحدهما البيّنة على الملك المطلق والآخر على النتاج كان صاحب النتاج أولى } لأنه أول مالك[١] .

454 [١] قال : { ولو أقام أحدهما البينة على أنه له منذ سنة ، والآخر أقام البينة على أنه له منذ سنين كان صاحب السنين أولى } لأن صاحب السنين

---

(٣) ساقط من ف .
(٤) هو عويمر بن مالك بن قيس بن أمية الخزرجي ، صحابي ولاه معاوية قضاء الشام .
(٥) لم يرد في ونسك .
(٦) ف : المدعى عليه . أنظر ابن حنبل ، ج ١ ، ص ٣٤٣

453 (١) ساقط من ف ، ج .

فى معنى النتاج إذ هو أول مالك منذ سنين ، فصاحبه لا يملكه إلا من جهته فلا تُقبل بينة حتى يبين أنه ملكه //[ل ١١٧ ب] من جهته أو ما يقوم مقامه[١] .

455 [٢][قال] : { ولو أقام أحدهما البينة أنه له كله ، والآخر أقام البينة أن نصفه له ، والعبد فى أيديهما ، كان صاحب الكل أولى من الآخر } لأن صاحب النصف إنما أقام البينة على استحقاق نصف العبد الذى كان فى يده ، فصارت البينة إنما شهدت بما كان فى الظاهر فلا يُلتفت إليها . وأما الآخر فإنه قد ادعى جميع العبد وأقام البينة على ذلك [فيستحقّ][١] ببينة النصف الذى فى يدى صاحبه والنصف الآخر يبقى له أيضاً بغير استحقاق إذا لم يكن لصاحبه بينة يستحقه [بها] . وأيضاً فإن صاحب النصف لمّا لم تشهد بينته بأكثر من النصف ، والنصف فى يده ، فصارت الشهادة واقعة على استحقاق ذلك النصف . ومن أصلهم أن الذى فى يديه الشىء والخارج إذا تنازعا وأقام كل واحد منهما البينة على أن الشىء له كان الخارج أولى بالاستحقاق . وكذلك فى مسئلتنا : صاحب الكل أولى باستحقاق النصف الذى فى يدى صاحب النصف إذا كانت بينته غير مقبولة على ما فى يده ، وبينة الخارج مقبولة عليه ، فلذلك استحق النصف الذى فى يدى صاحب النصف إلى ما فى يده[٢] .

456 فصـــل[١]

قال : { وإذا ادّعى أحدهما خمسة أسداس الدار أو العبد وادعى الآخر ثلثيه ، وأقام كل واحد البينة على دعواه قضى لصاحب [٢] الخمسة أسداس[٢]

---

454 (١) ساقط من ف ، ج .

455 (١) فى الأصل أى ل : يستحق . (٢) ساقط من ف ، ج .

456 (١) ساقط من ل .

(٢) مزادة فى هامش ف ومثبتة فى متن ل .

بالثلثين والآخر بالثلث } ، لأن صاحب الخمسة الأسداس في يده نصف الدار[٣] ويدعى زيادة عليه ثلثاً في الدار فيحكم له بالثلث مما في يدى صاحبه ويبقى في يدى صاحبه من ذلك النصف سدس الدار وكان يدّعى زيادة على ما في يده ، وهو النصف ، سدس الدار فيحكم له بسدس الدار ، مما في يدى صاحب الخمسة الأسداس ، وفي يده سدس الدار مما كان في يده ، فذلك ثلث الدار . وصاحب الخمسة الأسداس قد حُكم له بثلث الدار مما في يدى صاحبه وبقى في يده ثلث الدار ، فذلك ثلثا الدار . "[٤]وعلى هذا القياس لو ادعى أحدهما خمسة الأسداس والآخر الجميع كان العبد بينهما على الثلث والثلثين لأن صاحب الجميع ادعى جميع النصف الذى في يدى صاحبه // [ل١١٨ أ] فيحكم له بذلك . وصاحبه يدعى زيادة على ما في يده ثلث العبد فيحكم له بذلك القدر من يدى صاحبه فيحصل له الثلث ولصاحب الجميع الثلثين : نصف مما كان في يدى صاحب الخمسة الأسداس وسدسه مما بقى في يده[٤]" .

457 باب الرجل يكون في يده العبد أو الفرس فيدعى رجل ذلك ويقيم بينة أنه له ويقيم الذى في يده ذلك بينة أنه له // [ف ٩٨ ب]

الأصل في هذا الباب أنّ المدّعى المراد بالخبر هو الخارج عندنا والمدعى عليه الذى في يديه الشيء " وقد بينا هذا في تعليق الدعوى[١]" . فإذا كان كذلك وجب أن يكون الخارج أولى باستحقاق الشيء ببينته من الذى هو في يديه لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى » . وأصل آخر وهو

---

(٣) ل : العبد .
(٤) الاعتماد هنا على ف إذ أن ل فيها تطويل بدون طائل .

457 (١) ساقط من ل .

أن الخارج والذى فى يديه الشىء إذا أقام كل واحد منهما البينة على (٢) الملك والنتاج(٢) كانت بينة الذى فى يديه الشىء أولى من بينة الخارج بدلالة الخبر المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أن رجلين اختصما إلى النبى عليه السلام فى ناقة فأقام كل واحد منهما بينة أنها له نتجت فى // [ل ١١٨ ب] ملكه فحكم بالناقة لصاحب اليد (٣) فهذا أصل فى النتاج وما فى معناه أن بينة صاحب اليد أولى . ومسائل الباب قد ذكرناها مستقصاة فى تعليق الدعوى ، فلا طائل فى إعادتها(٣) .

458 باب الرجل يدعى الشىء وأن أباه مات وتركه ميراثا

الأصل فى هذا الباب أن المدعى متى أثبت يد الأب على الشىء المدّعى وأثبت موته ببينة وأنه وارثه استحق الشىء المدعى ، وإذا لم يثبت يد الأب على المدعى لم يستحق شيئاً (١) لأن الموت جهة لانتقال الملك كالشراء ، فإذا انضم إليه بينة اليد قبلت بينته بالملك إذا كان هو الوارث كما تُقبل بينة المشترى على أنه اشتراه من فلان وهو فى يده(١) . فإذا كان كذلك (٢) جئنا إلى مسائل الباب(٢) فقلنا :

459 { (١) إن الرجل إذا أقام البينة على دار فى يدى رجل أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً ، لا يعلمون له وارثاً غيره ، حكم له بها } لأن الملك فى هذا آكد من إثبات // [ل ١١٩ أ] اليد فصار كالمشترى إذا أقام البينة على

---

(٢) ل : النتاج أو ما يقوم مقام النتاج .

(٣) الاعتماد على ف هنا . وفى ل إعادة المسئلة فى فقرة 454 .

458 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .

أنها كانت لفلان باعها منه قُبلت بينته ، كذلك هذا. وكذلك لو أقام البينة على شرائها من البائع وكانت في يده يومئذ أو كان ساكنها[١] . وكذلك لو شهدوا بالثوب أن أباه مات وهو لابسه ، [٢] أو شهدوا بالخاتم أنه مات وهو لابسه[٢] ، أو بالدابة أن أباه مات وهو راكبها ، أو بالمتاع أن أباه مات وهو حامل له [٣] لأن هذه الوجوه كلها توجب إثبات المضاف إليه فلا فرق بينه وبين قوله : مات وهى فى يده[٣] .

460 [١] قال : {ولو شهدوا [١] أن أباه مات فى هذه الدار أو مات وكان نائماً على هذا الفراش لم يستحق بهذا شيئاً } لأن السكون فى الدار لا يثبت[٢] اليد ، وكذلك النوم على الفراش . // [ل ١١٩ ب] [ف ٩٩ أ] [٣] ألا ترى أنه لا فرق بين من دخل الدار وبين من خرج منها إذا ادعيا الدار ؟ إنها لا تكون فى يد واحد منهما . وكذلك لا فرق بين القائم على الفراش وبين غيره . ألا ترى أن رجلا لو أضاف قوما وأدخلهم الدار وأقعدهم على البساط لم تكن الدار والبساط فى أيديهم لكونهم فى الدار وقعودهم على البساط ؟ فكذلك الميت لا تثبت يده على الدار بموته فيها ولا على الفراش بموته عليه[٣] .

461 مسـألة[١]

قال : { ولو أن رجلا مات وله ورثة فحضر واحد منهم فادعى وفاة أبيه

---

459 (١) الاعتماد على ف ، إذ أن ل فيها تطويل واضطراب .
(٢) ساقط من ف .
(٣) الاعتماد على ف ، إذ أن ل غير واضحة .

460 (١) ف : ولو قال . (٢) ف : يوجب .
(٣) الاعتماد على ل . ونفس المعنى فى ف مع اختلاف كبير فى الكلمات .

461 (١) ساقط من ل .

وادعى داراً فى يدى رجل أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له ولسائر ورثة والده وهم فلان وفلان ، والذى فى يديه ذلك يجحد هذا كله ، فأقام الابن البينة على وفاة والده وعلى عدد ورثته وعلى كون الدار ملكا للأب مات وتركها ميراثاً لهم [٢] ولم يحضر منهم وارث غيره [٢] ، فإن القاضى يقبل ذلك ويحكم بالدار لأبيه ويدفع إلى هذا الذى أقام البينة حصته منها . فأما حصص الباقين فإن أبا حنيفة قال : أُقِرُّ ذلك فى يدى الذى الدار فى يديه وكلما حضر واحد منهم أخذ حقه ، ولا يكلف أحداً منهم إعادة البينة على أنها كانت لأبيهم . وقال أبو يوسف ومحمد : يدفع إلى المدعى حصته وينزع الباقى من يدى الذى هى فى يديه فيجعلها على يدى عدل حتى يحضر بقية الورثة } . أما إثبات ملك جميع الدار للميت بدعوى الحاضر دون إثبات نصيبه خاصة فلوجهين : أحدهما أن أحد الورثة يكون خصماً عن الميت بدلالة أن الحاضر يكون خصما عنه فيما يُدّعى عليه [٣] من الدين وإن كان سائرهم غُيّبا وجب أن يكون كذلك خصما فيما يدّعيه للميت . والثانى أن الحاضر أقام البينة على كون جميع الدار للميت فلا يجوز أن يقضى ببعض الدار دون بعض إذ لا يجوز للقاضى أن يقضى بدون ما شهدت به البينة ولا بزيادة على ما شهدت به ، فلا بد من القضاء بجميع الدار للميت إذا احتجنا إلى قبول البينة لحقّ الحاضر [٢] . [٤] وأما حصص الباقين فإنما تُترك فى يدى الذى هى فى يديه فى قول أبى حنيفة رحمه الله لأنه ليس هناك مَن يستحق أخذها ولا هى شيء مما يخشى عليه التلف ، فلا معنى لأخذها من يدى الذى هى فى يديه ووضعها فى يدى عدل . وأما وجه قولهما فهو احتياط لأنه إذا كان // [ل ١٢٠ أ] [ف ٩٩ ب] جاحداً لم يأمن أن يُعزل القاضى فيحتاج حينئذ إلى إقامة البينة على أن القاضى قد قضى للميت بها وإذا كانت فى يدى عدل

---

(٢) ف : ولم يترك وارثاً غيرهم .

(٣) الاعتماد هنا على ف لأن ل غير واضحة .

فإنه لا يُحتاج إلى هذا فيكون أحوط لمال الميت . ولو كانت الدعوى فيما يُنقَل ويُحوَّل فإنه يؤخذ من يدى الذى هو فى يديه ويوضع على يدى عدل فى قولهم جميعاً إذا كان الرجل جاحداً أو غير مأمون لأنه يُخشى عليه التلف والعقار لا يخشى عليه هذا المعنى لأنه محفوظ بنفسه[٤] .

462 مسألة

{ وقال أبو حنيفة : إذا أقام المدّعى البيّنة على أن هذه الدار كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له ، ولم يشهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره فإن القاضى يتلوّم فى ذلك ، فإن ثبت أن له وارثاً غيره وإلا دفع الدار إليه ولم يأخذ منه كفيلا ، وقال أبو يوسف ومحمد : يؤخذ منه كفيل[١] } .

463 قال الشيخ : وكذا قالوا فى الغريم أيضاً ، إنه يدفع إليه الحق المدعى ولا يؤخذ منه كفيل على قول أبى حنيفة ، وعلى قولها يؤخذ منه كفيل ، لأبى حنيفة[١] أن الكفالة حق يثبت للمكفول له عنه [٢]فلا يجوز إلزامها إياه إلا بمحضر المكفول له أو مَن يقوم مقامه ، فوجب أن لا يجوز . ولا يشبه هذا ما قدمنا من المدعى إذا أقام البينة على الحق فسأل القاضى أن يأخذ من المشهود عليه // [ف ١٠٠ أ] كفيلا بنفسه وبالشيء المدّعى إلى أن تُزكى البينة ، إن ذلك جائز واجب من قِبل أن ها هنا خصم حاضر يثبت له الكفالة ، وحقه قد تعلق استحقاقه بالبينة التى أقامها . فإذا وُجد السبب الموجب للتسليم فقد صار فى حكم الغريم . إن للطالب أن يأخذ منه كفيلا بنفسه وضامناً بماله حتى

---

(٤) الاعتماد هنا على ل . أما ف ففيها تطويل لنفس النقاط . أنظر المقدمة لمعرفة سبب الاختلاف بين اص المخطوطين .

462 (١) فى ف ، ل : كفيلا .

463 (١) كذا فى ف ، ل ، ج . والمعنى : فى رأى أبى حنيفة ٧

يصل إلى حقه . كذلك هذا . وفى مسئلتنا لم يثبت هناك حق لأحد فيما قضى به المقضى له ولا هناك خصم يثبت لنا الكفالة ، فلذلك لم يجز إثباتها . وجه قولهما أن هذا أحوط إذ لا يؤمن أن يظهر له وارث أو دين عليه فلا يصل إلى حقه . والقياس ما قال أبو حنيفة . ولهذا قال أبو حنيفة : إن هذا شيء احتاطت له القضاة وهو جور[٢] . [٣] قال الشيخ : وهذا يدل على أن من مذهبه القول بأن الحق عند الله تعالى فى واحد لأنه لو كان الحق فى أكثر من واحد ما جاز له أن يقطع بأن ذلك ظلم . فقيل له // [ل ١٢٠ ب] : هذا يوجب أن لا يكون كل مجتهد مصيب[٣] .

464 مسـألة[١]

{ قال الحسن بن زياد : قال أبو حنيفة : لو أن امرأة ادعت أن زوجها فلان مات وهى وارثه وأقامت على ذلك بينة ، ولم تقم البينة على عدد الورثة ولا يعلم الحاكم[٢] من معها من الورثة فإنه يدفع إليها ربع جميع ما ترك زوجها : وقال أبو يوسف : أدفع إليها ربع الثمن . وروى عنه أنها تعطى ربع الميراث . وقال الحسن : أدفع ربع التسع } ، وهى رواية الخصاف .

465 قال الشيخ : تعطى المرأة ثمن الميراث ، ذكره محمد فى كتاب الدعوى ، وذكر قول نفسه أنها تعطى ربع الميراث . وذكر الطحاوى عن أبى يوسف ربع التسع . فإذا كان كذلك قلنا إن أبا حنيفة قد روى عنه روايتان [١] إحداهما أنها تعطى الثمن وهى رواية الأصل المشهورة عنه والأخرى : تعطى الربع ، وهى رواية الحسن عنه[١] . وأما أبو يوسف

---

(٢) الاعتماد هنا على ف لأن ل فيها اضطراب .
(٣) فى ل فقط .
464 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .
465 (١) ف : أحدها ربع الميراث والأخرى ثمن الميراث .

فقد رُوى عنه ثلاث روايات ، إحداها الربع مثل ما قال محمد وإحدى الروايتين عن أبى حنيفة ، والثانية رُبع الثمن وهى رواية الخصاف التى رواها الحسن عنه ، وأظنّـه قد روى ذلك عنه محمد فى الأصل ، والثالثة أنها تعطى رُبع التسع وهو قول الحسن . أما رواية الربع (١) فلأن المرأة فى الأحوال كلها قد وُجد لها سبب الاستحقاق(١) ، (٢) ولا يُعلم هناك مَن يزاحمها فى الميراث ولا من يحجبها عن شىء من حظها إلا وقد وجب أن يكون لها أوْفى السهام ، وهو ربع الميراث ، كما قالوا جميعا إن الأم تعطى الثلث إذ لم يعلم هناك من يحجبها عن شىء منه بحصول السبب الموجب ، غير أن يعلم حصول مَن يحجبها عن شىء . وهذه //[ل ١٢١ أ] العلة موجودة فى مسئلتنا ، وجب أن يكون مثلها . وجه الرواية الأخرى أنها تُعطى أقل نصيبها من غير مزاحمة امرأة أخرى لها من قبل أن لها حالتَين ، حال تستحق فيها الربع وحال تستحق فيها الثمن : وهى أن يكون للزوج ولد . ولا يجوز لنا أن نثبت عقد نكاح امرأة أخرى وهى تستحق الميراث بسبب منقطع فتعطى ما تيقنا استحقاقه وهو الثمن من غير إثبات امرأة //[ف ١٠٠ ب] ووجه الرواية الثانية عن أبى يوسف أنها تعطى ربع الثمن لأن عَوْل الفريضة لا يجوز إثباته بالشك مع كونه مختلفا فى أنه معتبر فى الفرائض أم لا . فإذا أسقطنا اعتبار العول وجب أن تعطى ما تيقنا استحقاقه وهو ربع الثمن وما زاد عليه لا يتيقن استحقاقه فى جميع الأحوال مع العول . وقد تيقنا استحقاق ربع التسع إذ لا يكون لها أقل منه فى الميراث وهو أن يكون الزوج قد ترك ابنين وأبوين وأربع نسوة ، فنصيب هذه الأربع التسع ، ولا أعرف عن أحد من أصحابنا أنه قال لها التسع ، وهو أيضاً محتمل لأنه لم يثبت من يزاحمها فى سهم الزوجة لأن فيه إثبات عقد زوجية بالشك ، لأن الزوجية سبب منقطع فلا سبيل إلى إثباته بالشك فى

---

(١) ف ؟: أن السبب الموجب لها الميراث قد علم وجوده

الحال التي ينقطع فيها لو كان ثابتاً ، لأنها حال تنافيه نفي اعتبار حالها هي مع سائر الورثة ، فوجب أن لا تُعطى إلا ما تيقنا استحقاقه . والمتيقن هو التسع لأن لها ثلاثة أحوال في الاستحقاق : حال العول فيُستحق فيها التسع ، وحال عدم العول مع ثبوت الولد فلها فيها الثمن ، وحال عدم العول والولد فلها الربع[٣] .

466 فصـــل[١]

{ وكذلك لو ماتت هي وتركت زوجها[٢] ولا يُعلم لها وارث غيره[٢] فإن الزوج يعطى ، في قول أبي حنيفة ، النصف على رواية الحسن عنه ، وعلى رواية محمد يُعطى الربع أقل نصيبه من غير عول ، وهو قول أبي يوسف على ما روى الخصاف عن الحسن عنه . وعلى الرواية الأخرى الخمس[٣] وهو قول الحسن بن زياد } . وهذا يتبين [؟] على ما ذكرناه في المرأة // [ل ١٢١ ب] .

467 مســـألة[١]

ولو أن رجلا مات وترك امرأة حبلى وورثة فأرادوا أخذ حقهم ، فإن أبا يوسف قال : أوقف نصيب ابن واحد[٢] ، وقال الحسن : نصيب اثنين } . قال الشيخ : وقول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ، وقول محمد مثل قول الحسن . لأبي حنيفة وأبي يوسف إن ولادة النساء باثنين في بطن واحد

---

(٣) الاعتماد هنا على ف إذ أن النسخة الفوتوغرافية عن مخطوطة ل غير واضحة لهذه الفقرة .

466 (١) ساقط من ل . (٢) ل : ولا يعلمون لها عدد الورثة .

(٣) كذا في ل . وفي ف بياض . أما ج فإنها لا تذكر شيئاً ولا تترك بياضاً .

467 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .

نادر ، فلا يجوز حمل الحكم على الشاذ النادر . وجه قول محمد والحسن أن النساء قد يلدن كثيراً ولدين فى بطن واحدة فلا يجوز أن يعطى سائر الورثة إلا المتيقن ، فيعزل حظ الاثنين ويعطى الباقى لهم . وليس هذا عندهم كالمسئلتين الأولين ، إنه لم يعطِ الزوج والزوجة ما يتيقن //[ف ١٠١ أ] استحقاقه بل أعطاهما أوفر النصيبين من قِبل أن الحمل الذى به يستحق ها هنا موجود ، وهناك لم يكن السبب الموجب للنقصان عن أوفر النصيبين موجوداً ، فلذلك افترقا . ويمكن أن يقال : ها هنا الولد الثانى لا يتيقن وجوده فلا ينبغى أن يُعتبر كما قلنا هناك ، فيلزمه على هذا أن لا يعطى أوفر النصيبين أيضاً هناك ، ولا يستحق أحدهما إلا المتيقن ، فإن قيل يلزم أبا حنيفة وأبا يوسف أيضاً أن لا يقولا هناك بأوفر الحظين كما لم يقولا ها هنا إن الورثة الموجودين يُعطون أوفر الحظين لأن أوفرهما أن يُحمل الحمل على أنه أنثى[٣] ولا يحمل على أنه ذكر ، والجواب عن هذا أن الحمل ها هنا موجود وهو إن[٤] يستحق الميراث ، كما يستحق سائر الورثة فلم يكن سائر الورثة أولى بأن يُعطوا أوفر أنصبائهم من الحمل نفسه أن يترك له أوفر النصيبين ، وهو نصيب الذكر . وهو موجود فى الحال ولا يُحتاج إلى إثبات معنى آخر فى كونه مستحقاً لهم الذكر إن كان ذكراً . وهناك يحتاج إلى إثبات ورثة أُخر لا يعلمهم بالشك إذا كان الحمل الذى يستحق به موجوداً . وليس فى وقف[٥] أوفر النصيبين عليه إسقاط شىء من حق سائر الورثة ، لأنه إذا كان أنثى[٦] يُرَدّ الفضل على سائر الورثة ، وإن كان ذكراً استحقه . وفى دفع ما زاد على نصيب الأنثى[٧] إلى سائر الورثة إسقاط حق الحمل إذ هو ذكر ، لأن ميراثه قد دفع

(٣) كذا فى ل . وفى ف ، ج : ابنتان .

(٤) ل : لم .

(٥) ل : وقت .

(٦) كذا فى ل ، ج . وفى ف : اثنين .

(٧) ف : الاثنين .

إلى سائر الورثة مع وجوده . وهذا لا يجوز . فلذلك وجب أن يوقّف نصيب الإبن على ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف . وأما فى مسائل الزوج والزوجة فليس هناك وارث متيقن // [ل ١٣٢أ] حصوله بوجه . فلو جاز أن يقف(٨) على من لا يعلم وجوده من الورثة ولا يدفع إلى(٩) الحاضر مع علمنا بكونه فى حال لم يمكن عليه لجاز(١٠) على ما قال أنه يوقف جميع المال ولا يعطى شيئاً منه إلى الورثة ، إذ جائز أن يظهر دين على الميت يستغرق جميع التركة .

468 فصـــل

{ (١)وقال أبو حنيفة (١) : إذا أقام الرجل البينة أن هذه الدار كانت لأبيه ولم يشهدوا أن أباه مات وتركها ميراثاً فإنى لا أحكم بها للأب . وقال أبو يوسف : أحكم بها ميراثاً بين ورثة الأب . وكذلك لو شهدوا أن جدّه مات وتركها ميراثاً ولم يزيدوا على هذه المقالة لم يحكم بذلك للجد ولا لهم. وقال أبو يوسف : أحكم بها للجد ولمن بعده . فإن شهدوا أن جدهم فلان بن فلان الفلانى مات وتركها ميراثاً لفلان وفلان وهم ولده ثم مات فلان ابنه وترك//[ف١٠١ب] حصته منها ميراثاً لورثته وهم هؤلاء ، جازت الشهادة فى قولهم جميعاً ويحكم بها لهؤلاء ميراثاً عن الأب ، والأب عن الجد } . أما وجه قول أبى حنيفة : إذا لم يشهدوا أنه مات وتركها ميراثاً لورثته وإنما يشهدوا بأنها كانت لأبيه أو لجده ، فلأن ملك الميت فى الحال زائل فلا يجوز لنا إثبات ملك قد تيقّنا زواله . ولا يشبه هذا شهادتهم بموته وأنه تركها ميراثاً للورثة لأن ها هنا فى الحال مَن ينوب عن الميت فى إثبات الملك ، فيثبت الملك ميراثاً عن الميت .

---

(٨) ل : لا يوقف الأمر .

(٩) ساقط من ف . (١٠) ساقط من ف .

468 (١) ساقط من ف .

وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن هؤلاء قد شهدوا بأن الملك كان للميت ، وملك الميت لا يزول إلى غير وارثه ، فصار كأنهم شهدوا بأنه مات وتركها ميراثاً لورثته ، فيحتاج الورثة أن يقيموا البينة على عددهم ويستحقون الدار[٢] . ولو شهدوا على إقرار الذى فى يديه الدار أنها دار جدهم جازت الشهادة وقضى بها لجدهم ثم لمن [بعده[٣]] من الورثة لأن الإقرار يثبت حكمه بنفسه فلا يحتاج أن يقضى به القاضى[٤] . فإذا كان كذلك فالشهود ها هنا إنما نقلوا إقراره إلى القاضى فصار كأنه أقر عنده بذلك ، فعليه تسليمها إلى ورثته .

469 قال : { ولو أن رجلا ادّعى شيئاً لأبيه وأقام البينة أن هذا الشيء لأبيه ، مات وتركه // [ل ١٢٢ب] ميراثاً ، وأن أباه مات يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ، [١]وأقامت امرأة البينة أن أباه تزوجها يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا[١] وأنه مات بعد ذلك اليوم الذى وقت الابن فإنا نحكم فى التزويج والميراث لها مع الابن . وكذلك لو أقامت امرأة أخرى بينة على تزويجها من الأب الميت بعد وقت الإبن ووقت المرأة الأولى وأنه مات بعد ذلك ، فهو مثل هذا ويحكم بتزويج الثانية أيضاً وبميراثها مع الأولى والإبن } لأن [٢] توقيت موت الميت[٢] لا يتعلّق به حق على أحد فلا يقع به القضاء ، فلا فرق بين إقامة البينة على التوقيت وبين عدمه إذ لم يتعلق به وجوب حق[٣] على أحد . وليس الموت فى هذا كالقتل لو أقام الابن بينة على أن أباه قتله فلان يوم كذا فقضى القاضى بذلك على القاتل ، ثم أقامت المرأة البينة أنه كان

---

(٢) ف : الميراث .

(٣) فى ل ، ف ، ج : بعدهم . (٤) ف ، ج : قاض آخر .

469 (١) ساقط من ل . (٢) ف ، ج : تركته قبل الموت .

(٣) ساقط من ل .

تزوجها بعد ذلك لم يلتفت إلى بينتها ، لأن القتل قد تعلق به وجوب الحق على القاتل وهو القود أو الدية فيقع به القضاء ، [٤] وإذا وقع به القضاء[٤] لم يجز فسخه ببينة المرأة ، فتبطل بينتها والقضاء ماضٍ . وفى الباب الأول لم يقع القضاء بوقت الموت، إذ لم // [ف ١٠٢ أ] يتعلق به وجوب حق على أحد ، فلا فرق بين وجوده وعدمه فى قبول بينة المرأة إذ ليس [٥] فيه فسخ قضاء قاض وإبطال بينة قد حُكم بها . ونظير مسئلة القتل أن تقيم المرأة البينة [٥] أن الرجل كان تزوجها يوم النحر بمكة فقضى القاضى بها ، ثم أقامت امرأة أخرى البينة أنه كان تزوجها ذلك اليوم بالكوفة أو بخراسان ، فلا يلتفت إلى البينة الأخرى لأن وقت التزويج للأولى قد تعلق به حق المرأة على الزوج وقد حكم به قاض فلا يجوز إبطاله ببينة أقامتها الأخرى .

470 باب القاضى لمن يجوز قضاؤه ولمن لا يجوز

الأصل فى هذا الباب أن قضاء القاضى يجوز لكل من جازت له شهادته[١] ، وكل من لا تجوز له شهادته[١] فإنه لا يجوز قضاؤه له وكذلك قضاؤه جائز على من جازت عليه شهادته ، ومن لا تجوز عليه شهادته لا يجوز قضاؤه عليه . والدليل على صحة هذا الأصل أن قضاء العبد لا يجوز على الناس ولا لهم . وكذلك قضاء الكافر على المسلم وللمسلم . وكذلك قضاء الصبى [٢] لا يجوز لأحد[٢] ولا على أحد . ويجوز قضاء المسلم البالغ العدل على الأجنبى وللأجنبى الذى ليس بينه وبين القاضى عُلقة . وليس ها هنا معنى يفرّق بينهما إلا أن شهادة القاضى ها هنا // [ل ١٢٣ أ] جائزة على المقضى عليه وللمقضى له لجاز قضاؤه أيضاً . وهناك فى العبد والكافر والصبى لم تجز شهادتهم على

---

(٤) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ل .

470 (١) ف : شهادة .

(٢) ساقط من ف .

المقضى عليه ولا له فلم يجز قضاؤه له ولا عليه . فعلمنا أن القضاء يجرى مجرى من جازت شهادته جاز قضاؤه . (٣فإذا عرفنا هذا٣) قلنا فى مسائل الباب : { إن قضاء القاضى جائز للإمام وعليه كما تجوز شهادته له وعليه } . وأيضاً فقد روى عن علىّ بن أبى طالب (٤عليه السلام٤) أنه وجد درعاً فى يدى عبد الله ابن فقل(٥)[؟] فقال : هات الدرع ، فإنها لرجل من قريش قُتل يوم الجمل يعنى طلحة بن عُبيد الله . فقال عبد الله : اشتريتها بأربعة آلاف . فقال : بينى وبينك شُريح . فقال شريح لعلىّ رضى الله عنه : بينتك . فجاء بعبد الله بن جعفر ومولى لعلىّ ، فكأن شريحاً اتهم المولى فلم يُجِزْ شهادته ، فغضب علىّ عليه السلام وأخذ الدرع وقال للرجل(٦) : (٧اتبع بائعك٧) ! وعزل شريحاً عن القضاء ثم أعاده . فأفادنا هذا الخبر جواز قضاء القاضى على الإمام الذى يتولىّ القضاء من جهته وللإمام . (٨لأنه لو لم يكن قضاء شريح // [ف ١٠٢ ب] جائزاً له وعليه ما ارتفع مع الخصم إليه٨) . وفيه أيضاً أن للقاضى أن يحكم بعلمه وإن لم يكن هناك شهود ، (٩لأنه لولاه لم يجز لعلىّ أن يأخذ الدرع من عبد الله بغير قضاء . فلما أخذ علىّ ، عليه السلام ، الدرع من عبد الله بحصول علمه بكون الدرع الذى ادعاه ثبت أن للقاضى أن يقضى بعلمه٩) . وهذا مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف .

471 (٢ قال رحمه الله : وأما عزل على فلم يكن عندنا لأجل أنه لم يقض له

---

(٣) ف : فإذا كان هذا على ما وصفنا .

(٤) كذا فى ل . وفى ف : رضى الله عنه .

(٥) كذا فى ل . وفى ف ، ج بياض . وهذا الخبر لم يرد فى شرح نهج البلاغة لابن أبى الحديد عند ذكر القاضى شريح ، ج ١٤ ، ص ٢٨ — ٢٩ .

(٦) ساقط من ل . (٧) فى ف ، ج : اشع سعا .

(٨) ل : ألا ترى أنه ارتفع إلى شريح ؟

(٩) ل : ألا ترى أن علياً أخذ الدرع بغير قضاء ؟

وإنما عزل عن الكوفة وولاه بانيقا[١] لأن أولئك كانوا دهاة مكرة خبثاء فلما رأى من شريح صرامته وشهامته أراد أن يولّي عليهم لفسادهم[٢] . [٣]وأيضاً ما روى عن عمر أنه اختصم هو وأُبيّ إلى زيد بن ثابت . فدل ذلك أيضاً على جواز قضاء القاضي على إمامه . وأيضاً ما روى عن عثمان وطلحة أنهما اختصما إلى جُبير بن مُطعِم فقال عثمان : لى الخيار لأنى بعت ما لم أرَه . وقال طلحة : لأنى اشتريت ما لم أره . فجعل جبير الخيار لطلحة . فدل ذلك أيضاً على جواز قضاء من دون الإمام للإمام وعليه . فهذا الخبر قد اشتمل على أحكام ، أحدها ما ذكرنا ، والثانى جواز التحكيم والثالث جواز بيع ما لم يره وشرائه ، والرابع أن للمشترى الخيار فيما لم يره . وبقية مسائل الباب عندى على ما ذكرنا من الأصول فقِسْ عليها فإنك تجدها جارية عليها إن شاء الله[٣] .

472 باب ما يكون الرجل فيه خصما وما لا يكون

الأصل فى هذا الباب أن المدعى عليه متى ما أحال الخصومة على خصم معروف بوجهه[١] بينة أقامها لم يكن بينه وبين المدعى خصومة . وإذا لم تقم البينة على ذلك لم يدفع عن نفسه الخصومة . وهذا قولهم . والفصل[٢] الأول على الخلاف . فى قول أبى حنيفة . [٣]يدفع الخصومة عن نفسه[٣] . وفى قول أبى يوسف : على حسب ما يرى القاضى . وفى قول محمد : لا يدفع الخصومة

---

471 (١) قرية قريبة من الكوفة ، أكثر سكانها اليهود . أنظر شرح نهج البلاغة ، ج ١٤ ، ص ٢٨

(٢) ل : وأما عزله فإنما عزله لأجل أن ولاه موضعاً آخر .

(٣) ل ف ، ج فقط .

472 (١) ل : من جهة . (٢) ل : القضاء .

(٣) ف : ما ذكرنا .

حتى يقيم البينة على وصول الشيء إليه[٤] من يد غيره ويثبت[٥] الشهود اسم الرجل ونسبه . [٦] وقد بينا هذه المسئلة في الدعوى[٦] . فوجه قول أبي حنيفة أن الشهود إذا بينوا أن الذي وصل الشيء من يده إلى [٧] يد هذا [٧] فقد بينوا أن الخصم غير هذا ، فلا يُحتاج إلى إثبات اسمه ونسبه . وأما محمد فقال : [٨] لا أقبل في هذا كما [٨] لا أقبل في كتاب القاضي إلى // [ل ١٢٣ ب] قاض وغير ذلك من الحقوق . وأما أبو يوسف فإنه قال : يجوز أن يكون هذا حيلة منه ، فإذا اتهمه القاضي لم يُلتفت إلى بينته ، وإذا لم يتهمه قُبلت بينته . وأما إذا أقام البينة عن وصول[٩] الشيء من جهة الغائب وأثبتوا اسمه ونسبه فلا خوف بينهم في دفع الخصومة // [ف ١٠٣ أ] لأنه قد أحال الخصومة على خصم معروف فتُقبَل بينته على دفع الخصومة ؛ وإن لم يُحكَم بالمال للغائب لأنه خصم في إسقاط الخصومة عن نفسه . مثل العبد إذا جاء وكيل المولى ليحمله إليه فأقام بينة أن مولاه أعتقه إنه يسقط عن نفسه الخصومة [١٠] في حمله[١٠] وإن لم يثبت العتق من جهة مولاه . وكذلك المرأة إذا أقامت البينة على وكيل زوجها [١١] يحملها إليه[١١] أنه طلقها قُبلت بينتها في دفع الخصومة وإن لم يُحكم بالطلاق . ما ذكرناه بكون المدعى عليه خصما في دفع الخصومة وإن لم يُحكم بالملك للغائب لأنه ليس بخصم في ذلك . وكما أنه لو ادعى عليه مدّع ديناً فأقام البينة أنه قد كان أحاله على زيد ، قبلت بينته في دفع الخصومة وإن لم يثبت المال والحوالة على زيد . فكذلك ما ذكرنا مثله . وأما إذا لم يُقم بينة على ذلك فإنه لا يدفع عن نفسه الخصومة لأنها حق قد وجب للمدعى على المدّعى عليه بدلالة أن القاضي يُعدى عليه ويحول[١٢] بينه وبين تصرفه

---

(٤) ساقط من ف .
(٥) ف : وينسب .
(٦) ساقط من ل .
(٧) ل : رجل يعرفونه .
(٨) ساقط من ل .
(٩) ل : دخول .
(١٠) ساقط من ف .
(١١) ساقط من ل .
(١٢) ل : يحور .

وإشغاله . فإذا كان كذلك لم يكن له سبيل إلى إسقاط حقّ لزمه بقوله كما ليس له أن يُسقط عن نفسه الدين الذى يلزمه للغير بقوله ، وله أن يسقطه ببينة . كذلك هذا . وفى هذه المسئلة خلاف من ثلاثة أوجه : [14] منهم مَن قال يدفع عن نفسه الخصومة [بقوله[13]] ، ومنهم من قال : لا يدفع الخصومة عن نفسه لا بقوله ولا ببينته ، وقلنا نحن : لا يدفع بقوله ويدفع ببينته . والوجه فى الفصلين جميعاً ما بينا [14] . فإذا كان هذا ما وصفنا جئنا إلى مسائل الباب فقلنا :

473 } ولو أن رجلا ادعى داراً فى يدى رجل فأقام الذى هى فى يديه بينة أنها لفلان الغائب ، وصلت إليه من جهته بوديعة أو رهن أو إجارة أو غصب ، فلا خصومة بينهما . وكذلك لو لم يقم البينة على هذا ولكنه أقام البينة على إقرار المدعى بوصول الدار إليه من جهة الغائب بشىء مما ذكرناه فهو مثل هذا { لأنه قد أثبت إقراره بأن الدار وصلت إليه من جهة الغائب فلا خصومة بينهما ، كما لو أقر بذلك عند القاضى لم يكن بينهما خصومة . [1]وكذلك لو كان المدعى عرضا من العروض والمسئلة بحالها فهو مثل هذا [1] . وكذلك لو أقام البينة أنه سرقها // [ل١٢٤ أ] من الغائب فهو مثل هذا لأنه بين [2] أن الخصم فيه غيره . فكذلك لو لم يكن له بينة على ذلك إلا أنه استحلف المدعى[2] على ما ادعاه فنكل عن // [ف ١٠٣ ب] لأنه بمنزلة إقراره أن الشىء وصل إليه من جهة الغائب

---

(١٣) فى ف ، ج : بقولهم ، وهو تحريف .

(١٤) ل : وقد بينا ذلك فى كتاب الدعوى .

473 (١) ساقط من ل . (٢) مزيد فى هامش ل .

474 باب كتاب القاضى إلى القاضى

الأصل فى هذا الباب أن الكتاب يقوم مقام عبارة المكتوب (١) من جهته (١) وخطابه ، بدلالة أن كتاب الله تعالى إلى رسوله صلى الله عليه وسلم يقوم مقام خطابه له فى الأمر والنهى وغير ذلك مما قد تضمن كتابه . وكذلك خبر الرسول صلى الله عليه وسلم لنا يقوم مقام خطابه لنا فى الأمر والنهى وغير ذلك . وكذلك كتبه إلى ملوك الفرس والروم وسائر الآفاق من العرب والعجم قامت مقام الخطاب لهم . فإذا كان كذلك ثبت أن الكتاب يقوم مقام عبارة المكتوب منه وخطابه للمكتوب إليه . فإذا كان كذلك وجب أن يقوم كتاب القاضى إلى القاضى مقام خطابه للقاضى بأن هؤلاء قد شهدوا بكذا وكذا ، فيقبل ذلك . وأيضاً فإن شهادة شهود الأصل يجوز نقلها بشهادة شاهدين على شهادتهما ، فكذلك نقلها بكتاب القاضى إذ الكتاب يقوم مقام القاضى ، وقول القاضى أنفذ فى جواز الحكم من قول الشاهدين . وكما جاز نقل الشهادة بشاهدين فقول القاضى وما يقوم مقام قوله أجوز فى نقلها إلى قاض آخر . فإذا صح هذا جئنا إلى مسائل الباب فقلنا :

475 { إن الرجل إذا تقدم إلى القاضى وسأله أن يقبل بينته على حق (١) ثابت عنده (١) على رجل فى بلد آخر ليكتب له كتاباً إلى قاضى ذلك البلد فإن القاضى يسمع من شهوده على حقه الذى يدّعيه وإن كان خصمه غائباً } لأنه لا يقع القضاء بهذه الشهادة وإنما أراد أن ينقلها إلى قاض آخر بكتابه فجاز أن يسمع من غير (٢) حضور خصم ، كما جاز للشهود سماع شهادة شاهدى الأصل . فإذا كان كذلك سمع القاضى من شهوده ونظر فى عدالتهم ، { فإن

---

474 (١) ف : منه .

475 (١) ل : بينة عنده . (٢) ف : غيره .

كانوا عدولا جازت شهادتهم وكتب فى الكتاب أن فلان بن فلان // [ل ١٢٤ ب] الفلانى وفلان بن فلان الفلانى شهدا عندى لفلان بن فلان الفلانى ، يعنى المدعى ، بكذا على فلان بن فلان الفلانى ، يعنى المدعى عليه ، وأنه قد سأل عنهم فعُدّلوا عنده وعُرفوا بالخير ، ويثبت حلاهم وحلية الشهود ، وأيضاً ، ومواضعهم لكى إن احتاج إليهم عرف مواضعهم . ثم يقرأ الكتاب على الشهود الذين يشهّدهم على الكتاب ويدفع إليهم نسخة تكون معهم أيضاً لتكون تذكرة للشهادة // [ف١٠٤] إذا أرادوا إقامتها عند القاضى المكتوب إليه قبل أن يفك(٣) القاضى كتاب القاضى المكتوب منه . ويختم القاضى كتابه بحضرتهم ويشهدهم أن هذا كتابه إلى فلان بن فلان قاضى بلد كذا وكذا وهذا خاتمه عليه ، كما قلنا فى الشهادة على الشهادة أن شاهدى الأصل ينبغى أن يُشهدا الشاهدين على شهادتهما لأن هذا ليس مثل الإقرار الذى يثبت حكمه بنفسه وإن لم يشهد عليه المقر ، ولا مثل الحكم الذى حكم به الحاكم أن للشهود أن يشهدوا به وإن لم يشهدهم الحاكم على ذلك ، لأن الإقرار يثبت حكمه بنفسه ويجب به الحق وإن لم يقض به قاض . وكذلك حكم القاضى يوجب ثبوت الحق ، فيجوز للشهود أن يشهدوا بذلك إذا عاينوا وإن لم يشهدهم على ذلك بدلالة معاينتهم عقد البيع وغير ذلك (٤ من العقود الثابتة ٤) ، ومن الضمانات التى تتعلق بالغصوب والقرض وغيرهما ، فيجوز للشهود أن يشهدوا على ذلك إذا عاينوا وإن لم يُشهدوا على ذلك . كذلك(٥) ما ذكرنا من الإقرار وحكم الحاكم يجوز لهم أن يشهدوا عليهما بالمعاينة لها . والمعنى الجامع منهما(٦) كون المشهود به ثابتاً بنفسه . وأما كتاب القاضى

---

(٣) ل : يقبل .

(٤) ف : الثانية .

(٥) ف : كان .

(٦) ساقط من ف .

إلى القاضي والشهادة على الشهادة فلم يثبت لواحد منهما حكم[٧] ، لأن الشهادة نفسها لا توجب ثبوت الحكم ما لم يحكم بها قاض . ألا ترى أن شاهدين لو شهدا عند قاض فسمع القاضي شهادتهما وهناك قوم يسمعون الشهادة ، ثم مات القاضي أو عُزل ، لم يكن لهذه الشهادة حكم . ولو شهد هؤلاء القوم : إنا نشهد أن فلاناً وفلاناً شهدا عند القاضي فلان[٨] بكذا وكذا وأنه مات أو عُزل قبل أن يقضي بها لم يلتفت القاضي إلى هذه الشهادة لأنه لم يثبت لها حكم بنفسها ما لم ينضم إليها // [ل د ١٢٠ أ] القضاء . وكذلك كتاب القاضي لا يثبت حكمه بنفسه لأن قاضياً لو كتب إلى قاضي بلد بأن فلاناً وفلاناً شهدا لفلان بكذا فمات القاضي المكتوب إليه أو عُزل لم يكن لهذا الكتاب حكم وإن شهد الشهود عليه عند قاض آخر ، فقد علمت أن الكتاب ليس يثبت له حكم ما لم ينضم إليه القضاء مثل الشهادة سواء[٩] . فإذا كان كذلك لم يجز للشهود أن يشهدوا به لمعاينتهم إياه كما لا يجوز لهم الشهادة بسائر ما لا يثبت به حكم بنفسه[١٠] .

476 { وقال الحسن بن زياد : قال أبو حنيفة : فإن قرأ الكتاب عليهم ولم يختمه[١] بحضرتهم وهم لا يحفظون ما فيه وليس به نسخة معهم لم يجز ذلك . وقال أبو يوسف يجوز الكتاب ويقبله القاضي الذي يرد عليه وإن لم يقرأه عليهم بعد أن يُشهد القاضي الشهود أن هذا كتابه وخاتمه { // [ف ١٠٤ ب] .

477 قال الشيخ : " لا خلاف بينهم أن القاضي المكتوب إليه لا يقبله حتى يشهد الشهود بأن هذا كتاب فلان القاضي . ثم اختلفوا بعده[١] . وقال

---

(٧) ساقط من ل .
(٨) ساقط من ل .
(٩) ساقط من ف .
(١٠) ف : بنفسها .

476 (١) ف ، ج : يقر .

477 (١) في ل فقط .

أبو حنيفة ومحمد . لايقبله أيضاً حتى يشهدوا بما فى الكتاب . وقال أبو يوسف : (٢)إذا شهدوا بنفس الكتاب جاز وإن لم يشهدوا بما فى الكتاب(٢) .

478 (١قال : يدل١) على صحة مذهب أبى حنيفة اتفاقهم جميعاً على بطلان الشهادة على المجاهيل ، كالشهادة لزيد على عمرو بمال مجهول ، أو أن له عليه حقاً(٢) ، أو أنه أعتق عبداً بعينه من العبيد ولا يعرف من هو منهم لم تجز الشهادة فى شىء من هذا لكونها واقعة من مجهول . وهذا المعنى موجود فى مسئلتنا لأن الشهادة تقع على ما فى الكتاب ، وهو خطاب القاضى أن فلاناً وفلاناً شهدا عندى لفلان على فلان بكذا وكذا كما قلنا فى الشهادة على الشهادة . فإذا كان كذلك ولم يكن لهم علم بما فى الكتاب لم تجز الشهادة لكونها واقعة على مجهول وعلى ما ليس لهم به علم . (٥وأيضاً قال الله تعالى ﴿ إلا مَن شَهِدَ بالحقِّ وهُمْ يَعلمُون ﴾(٣) وهؤلاء لا يعلمون الحق المشهود به فوجب أن لا تجوز شهادته . وأيضاً قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا تشهد حتى ترى مثل هذه »(٤) يعنى الشمس الطالعة . وهذا الشىء معدوم فى مسئلتنا . فوجب أن لا يجوز٥) . فإن قيل : لو كانت الشهادة تقع على ما فى الكتاب لوجب أن يجوز نقل ما فى الكتاب بشهادة شاهدين إلى قاض آخر وإن لم يكتب القاضى // [ل ١٢٥ب] قال رحمه الله : ليس معنا رواية فى هذا . ثم وُجدت الرواية بعد ذلك وفرّقنا بينهما فى موضعهما . كذا حُكى عن صاحب

---

(٢) ف : جازت شهادتهم بعد أن شهدوا أن الكتاب من القاضى الكاتب إلى المكتوب إليه .

478 (١) ل : والدلالة . (٢) ساقط من ف .

(٣) سورة الزخرف ، ٤٣ : ٨٦

(٤) هذا الحديث لم يرد فى ولسنك . إنما قابل كنز العمال ، ج ٧ ، ص ١٣ حيث الحديث بنفس المعنى .

(٥) ساقط من ل .

التعليق . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن الشهادة تقع [٦] على عين الكتاب فجازت وإن كان ما فى بطن الكتاب مجهولا عند الشهود ، كالشهادة [٦] على أن هذه الدراهم التى فى هذا الكيس لفلان ، وأن هذا الثوب لفلان ، وهذه الصُبرة[٧] من الحنطة لفلان ، إنه تجوز الشهادة فى هذا كله وإن جهل الشهود وزن الدراهم وعددها وذرع الثوب وكيل الحنطة . وكذلك ما ذكرنا مثله. [٨] وهذا خلاف بينهم فيه[٨] . والجواب عن هذا لأبى حنيفة أن الشهادة فى هذه الأشياء ، تقع على عين المشهود به فلا يُحتاج [٩] إلى علم الشهود بالوزن والكيل والعدد ، كما لا يحتاج فى القضاء للمدّعى به [٩] إلى علم القاضى بوزن الدنانير وذرع الثوب وكيل الحنطة لأن القضاء إنما يقع على عين المشهود به . وليس كذلك الشهادة على كتاب القاضى لأن الشهادة لا تقع على عين الكتاب. ألا ترى أن القاضى لا يقضى بعين الكتاب وإنما يقضى بما فى بطن الكتاب ؟ [١٠]ومعلوم أن القضاء لا يقع على غير المشهود به وإنما يقع على المشهود به . فلما كان القضاء لا يجوز أن يقع على عين الكتاب وإنما يقع على ما فى بطنه[١٠] فلا يمضى الحكم حتى // [ف ١٠٥ أ] يكون الذى فى بطن الكتاب معلوماً عنده . فثبت أن الشهادة لم تقع إلا على مافى بطن الكتاب . وإذا كان كذلك . وكان ما فى بطن الكتاب مجهولا عند الشهود لم تجز شهادتهم عليه .

479 وأيضاً اتفقوا على أن الصك إذا لم يكن على وجه الخطاب والرسالة لم تجز الشهادة عليه حتى يشهدا بما فى الكتاب ويعلما ذلك وإن كان الكتاب عندهما معلوماً . فكذلك ما ذكرنا من كتاب القاضى مثله ، لأن الشهادة واقعة على مجهول ، والشهادة على مجهول لا تجوز . وفرّق أبو يوسف بين كتاب القاضى

---

(٦) ساقط من ل .

(٧) أى الكمية بلا كيل .

(٨) ساقط من ل .

(٩) ساقط من ل .

(١٠) ساقط من ل .

وبين الصك الذى (١) وصفنا أمره (١) لأن الصك إذا لم يكن على وجه الخطاب فهو حكاية ، فلا يتعلق به حكم حتى يُقرّ المشهود عليه بما فيه ويشهدهم على نفسه ، وأما كتاب القاضى فهو على جهة الخطاب فينبغى أن تجوز شهادتهم عليه إذا شهدوا أنه كتاب القاضى ، كتب إليه جميع ما فيه .

480 قال : { ولو كتب القاضى : من فلان بن فلان إلى قاضى بلد كذا وكذا ، ولم يكتب اسم ذلك القاضى واسم أبيه فينبغى للقاضى الذى يرد عليه ذلك أن يقبله { لأنه قد عرّفه بكونه قاضى بلد كذا ، لأن البلد (١) لا يكون(١) فيه قاضيان وإنما يكون قاض واحد فى الأغلب ، وقاضيان فى بلد واحد من الشاذ النادر ، فإذا كان كذلك صار إضافة البلد إليـــه تعريفاً له فيقوم مقام النسب(٢) ، فجاز للقاضى الوارد عليه الكتاب أن يقبله .

481 قال : { ولو كان كتب : من فلان بن فلان إلى مَن وصل إليه كتابى هذا من قضاة المسلمين وحكّامهم ، وأشهدهم على // [ل ١٢٦ أ] ذلك(١) ، فينبغى لكل من ورد الكتاب عليه من القضاة أن يقبله وينفذه إذا كان تاريخ الكتاب بعد ولاية الذى وصل إليه من القضاة الكتاب { . أما جوازه فلأنّ الخطاب جائز لقوم مجهولين بدلالة أن النبى صلى الله عليه وسلم أمرنا بأشياء ونهانا عن أشياء ، وكنا مجهولين عنده . كذلك كتب كتباً إلى الآفاق ودعاهم إلى الإسلام ولم يكن يعرفهم جميعاً ، وصح خطابه لهم بالإيمان ودعوته إياهم إلى الإسلام . فإذا كان كذلك ثبت أن الخطاب يصحّ لمجهول . وكذلك يكتب الخلفاء الساعة بمثل هذا إذا تحرّوا(٢) بالأمر والنهى أهل بلد أو ناحية من

---

479 (١) ف : قدمنا وصفه .

480 (١) ساقط من ل . (٢) ل . البينة .

481 (١) مخطوطة ل تنتقل من صفحة ١٢٦ أ إلى صفحة ١٢٨ ب .

(٢) كذا فى ج . وفى ف : يحبروا . وفى ل : عموا . أى : إذا قصدوا .

النواحى . فكذلك مسئلتنا ، جاز للقاضى أن يكتب إلى قضاة المسلمين ، إلى كلّ مَن وقع إليه الكتاب على ما بينا ، وليس هذا كالشهادة على الشهادة من هذا الوجه ولا الشهادة على كتاب القاضى . إنها لا تجوز إذا كان المشهود به مجهولا عند الشهود . إنها لا تجوز عند أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف فى الشهادة على كتاب القاضى تجوز وأن لم يعلم الشهود ما فى بطن الكتاب والفرق بينهما : لأبى حنيفة أن الشهادة // [ف ١٠٥ ب] لا تجوز على المجاهيل عند الجميع والخطاب جائز لمجهول بدلالة ما ذكرنا . فلذلك لم تجز الشهادة على الكتاب إلا أن يعلموا ما فى باطنه ، وجاز الكتاب إلى قضاة مجهولين . وإنما لم يدخل[٣] القضاة الذين وُلّوا بعد كتاب القاضى لأن الكتاب وإن عَمّ فإنه يُدخل تحت العموم غير القضاة ، ومَن وُلّى بعد ذلك لم يكن قاضياً فى حال كتابة الكتاب ، فلا يكون داخلا فى الخطاب كما لا يكون سائر الناس داخلين فيه . وليس هذا كأوامر[٤] النبى صلى الله عليه[٤] ونواهيه ، إنها تعمّ جميع الناس مَن كان موجوداً فى ذلك الوقت ومَن وُجد بعده . فيُعلم بذلك صحة ما قلنا .

482 مسـألة[١]

قال : { ولو ادّعى عبداً أو أمة أو دابة أو عرضاً من العروض مما يُنقل ويحوّل فى يدى رجل فإن أبا حنيفة قال : لا أكتب له فى شىء من هذا } . قال الشيخ : وهو قول محمد ، { قال أبو يوسف : إن ادّعى عبداً فى يدى رجل وأقام بينة عنده ، فسموه وحلوه ووصفوه ، فإن القاضى ينبغى له أن يكتب له إلى ذلك القاضى . وإذا ورد الكتاب على القاضى المكتوب إليه

---

(٣) ل : يؤخذ .   (٤) ل : الله تعالى .

482 (١) ل : فصل .

(٢ ختم في عنق٢) العبد وبعث(٣) به مع الرجل الذي أتى بالكتاب وأخذ منه كفيلا بالعبد (٤ حتى يصير العبد إلى القاضي الذي كتب الكتاب ، فيشهد الشهود على العبد بعينه ، ثم يكتب القاضي كتاباً آخر إلى القاضي المكتوب إليه فيحكم بالعبد٤) للطالب ويبرىء كفيله . قال محمد : وقال أبو يوسف : أجيز هذا(٥) //[ل ١٢٨ ب] في العبد ولا أجيزه في الأمة { . وجملة الأمر في هذا أن أبا حنيفة لا يجيز كتاب القاضي إلى القاضي فيما يُنقل ويُحوَّل وتقع الشهادة على عينه ، وهو قول محمد ، ويجوز كتابه في الديوان والحقوق التي تثبت في الذمم ولا تُسقطها الشبهة ، وفي العقار . وهو قول محمد . ووافقهما أبو يوسف في هذا كله ما خلا العبد ، فإنه أجاز كتاب القاضي إلى القاضي على الوجه الذي قاله . ونحن نبين ذلك أوضح مما قاله إذا انتهينا إليه إن شاء الله تعالى . فأما جواب الكتاب في الديون وما يثبت في الذمم من الحقوق التي لا تسقطها الشبهة (٦ فقد بينا جوازه وقلنا : إنه يجوز كما تجوز الشهادة على الشهادة ٦) وكما تجوز فيها شهادة النساء ، لأن الكتاب أيضاً يقوم مقام خطاب القاضي الذي كتب بما سمع من الشهود ، كما أن الشهادة تقوم مقام شهادة الأصل وكما تقوم شهادة النساء مقام شهادة رجل . وأما ما تسقطه الشبهة فكتاب القاضي فيه غير مقبول ، كما لا تجوز الشهادة فيه على الشهادة ولا شهادة النساء ، مثل الحدود والقصاص ونحوهما . وأما ما يُنقل ويُحول فإنه لم يجز (٧ عند أبي حنيفة٧) كتاب القاضي إلى القاضي فيه لأن البينة //[ف ١٠٦ آ] لا تسمع إلا بإحضار المشهود به ، والمشهود في يدي المدعى عليه غائب عن

---

(٢) ل : حكم في عتق .

(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ل .

(٥) مزيد هنا في ل : إن ادعى عبداً في يدي رجل فأقام بينة فسموه .

(٦) ساقط من ل . (٧) ساقط من ل .

القاضى ، فلا يجوز أن يكتب به . فإن[٨] قيل : والبينة لا تُقبل أيضاً إلا على خصم حاضر ومع ذلك فقد قبلتم[٩] بينة المدعى ها هنا ، فَلِمَ لا تقبل بينته أيضاً على العروض وإن لم يكن حاضراً ؟ قيل له : لأن العرض المشهود عليه لا يمكن أن يعرف بالصفة لأن الشهادة فى الأعيان لا تصح [١٠] إلا على عين[١٠] . فإذا كان كذلك لم يجز قبول الشهادة عليه . وأما الخصم فإنه معروف ويجوز أن يُعرف بالنسب ، وتقع الشهادة على اسمه ونسبه بالإتفاق . فلذلك يسمع القاضى البينة مع غيبة المدعى عليه ، ولم يسمع مع غيبة المشهود به إذا كان عرضاً مما يُنقل ويُحوّل . وأما أبو يوسف فإنه أجاز ذلك فى العبد ، قال : لأن العبد يُمكن أن يُحلّى ويوصف فيعرفه القاضى بذلك ، ويسمع من الشهود الشهادة على حلية العبد وصفته ثم يكتب بذلك كتاباً إلى القاضى الذى فى بلد المدّعى عليه ، ويبعث المدّعى مع الشهود الذين يشهدون على الكتاب . فإذا ورد الكتاب [١١] أحضر القاضى[١١] المكتوب إليه خصم المدعى والعبد الذى شهد عليه الشهود //[١٢] [ل ١٢٩ أ] بصفته ، فإن وافق حليته الحلية التى شهد عليها الشهود أخذ العبد من يدى المدّعى عليه وختم فى عنق العبد وبعث به مع الرجل الذى أتى بالكتاب إلى[١٣] المدعى . ويأخذ منه كفيلا حتى يذهب بالعبد فيوصله إلى القاضى الذى كتب الكتاب لئلا يأخذه فلا يذهب به إلى القاضى . [١٤] فإذا وصل العبد إلى القاضى الذى كتب الكتاب[١٤] أحضر الشهود حتى يشهدوا على عين العبد . فإن قالوا : هو العبد الذى شهدنا على حليته فقد وقعت الشهادة على عين العبد بملكه للمدّعى . إلا أن

---

(٨) ساقط من ف . (٩) ف : قبلنا .

(١٠) ل : على الصفة . (١١) ساقط من ل .

(١٢) يجرى الرجوع الآن إلى صفحة ١٢٦ ب من مخطوطة ل .

(١٣) ل : يعنى . (١٤) ساقط من ف .

هذا القاضى لا يجوز له أن يحكم بالعبد للمدعى والمقضى عليه غائب[١٥] فإنه ينبغى أن يبعث بالعبد مع المدّعى ويكتب معه كتاباً آخر بأن الشهود قد شهدوا بهذا العبدَ بعينه لهذا الرجل ، ويذكر أسماء الشهود ونسبهم واسم [١٦] المدعى على ما بينا فيما تقدم . وإذا وصلوا إلى القاضى المكتوب إليه أحضر[١٦] المدعى عليه ، ويأمر المدعى أن يقيم بينة على ما فى الكتاب . فإذا قامت البينة على ذلك قضى على المدعى عليه بالعبد للمدعى ، ويبرىء[١٧] الكفيل . وأما الأمة فإنه لا يجوز للقاضى أن يكتب بأمرها وإن كانت مما يجوز أن يحلى ويوصف لأنها ذات فرج ، وقد حظر علينا فيها ما لم يحظر من العبد . فلا يجوز أن تُنفذ مع الناس[١٨] كما قلنا فى العبد . فلذلك فرّق أبو يوسف بينها وبين العبد .

483 فصـــل[١]

قال : (فإن كتب القاضى كتابا للمدعى فيما يجوز له ثم ضاع ذلك الكتاب فأراد أن يأخذ منه كتاباً آخر فإن القاضى يكتب له كتاباً آخر ويبين فيه : أنى قد كنت كتبت بهذا المال // [ف ١٠٦ ب] كتاباً آخر وادعى أنه ضاع ، (لئلا يحتال على المدعى عليه فيأخذ بأحد الكتابين المال الذى ادعاه ثم يجيء بالكتاب الآخر فيطالبه به أيضاً فيأخذ حقه مرتين ، والحق حق واحد . وكذلك إن انتقل المطلوب من بلد القاضى المكتوب إليه فسأل المدعى القاضى أن يكتب له كتاباً إلى قاضى البلد الذى تحول إليه المدّعى عليه ، فإن القاضى يكتب بذلك أيضاً ويبين فيه ما ذكرنا من دفع كتاب آخر إليه بذلك المال وأنه ادعى أن المطلوب قد تحول إلى موضع آخر .

---

(١٥) ساقط من ف .
(١٦) ساقط من ل .
(١٧) ل : ويبين .
(١٨) ل : المدعى .
483 (١) ساقط من ل .

484 فصـــل[1]

{ وإن ثبت حقه عند قاض وكتب له كتاباً على ما شهد به الشهود ، ثم قَدِم المطلوب إلى البلد الذى فيه القاضى الذى كتب الكتاب فقدمه الطالب إليه ، فلا ينبغى للقاضى أن يحكم عليه بشهادة أولئك // [ل ١٢٦ ب] الذين شهدوا } لأن تلك الشهادة لم تقع على خصم ، والشهادة التى لا تسمع على خصم لا يجوز للقاضى أن يحكم بها . فلذلك أمر بإعادة الشهادة على الخصم .

485 فصـــل

وإذا أثبت رجل وفاة رجل وعدد ورثته ، وهو وارث ، فأراد من القاضى كتاباً بذلك إلى قاض آخر كتبه له . وكذلك إن ثبت نسبه من رجل ميت كتب له بذلك { لأن النسب والميراث جميعاً مما يثبت فيه الخصومة ويسمع القاضى البينة عليه لو كان المدّعى عليه حاضراً . فلذلك جاز أن يسمع من الشهود ويكتب به الكتاب . }وكذلك لو ادعى الرجل نسباً من أمة فجحد الأب وهو فى بلد آخر ، فطلب من القاضى أن يسمع من بينته ويكتب به إلى القاضى الذى فى البلد الذى فيه أبوه ، فإن القاضى يسمع منه [1] ذلك ويكتب [1] . وكذلك لو ادعى الأب نسب ولد والولد فى يدى رجل يسترقه[2] فى بلد آخر ، فإن القاضى يسمع من بينته ويكتب به فى قول أبى يوسف . وفى قول أبى حنيفة : لا يكتب بذلك . وكذلك لو ادعى أن فلانة زوجته وهى فى بلد آخر فإن القاضى يسمع فى هذا كله شهادة شهود المدعى ويكتب به كتاباً إلى القاضى الذى فى بلد المدّعى عليه } . والأصل فى هذا كله ما ذكرنا أن كلّ حقّ لا يسقط بالشبهة يُقبَل فيه كتاب القاضى إلى القاضى كما تقبل الشهادة وشهادة

---

484 (١) ساقط من ل .

485 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف ، ج .

النساء ، لأن الحق مما يقبل فيه الأَبْـدَال[٣] ، هذا إذا كان الحق المدعى مما لا تقع الشهادة على عينه . فإذا كان كذلك قلنا إن الشهادة على نسب الولد من الأب ، إذا كان الإبن هو الذى يدعى والأب ينكره ، جاز أن يكتب بذلك فى قولهم جميعاً ، لأن الحق المدعى وهو النسب ليس تحتاج أن تقع الشهادة على عينه ، لأنه ليس بعين ، وإنما هو حق يثبت بين الوالد والولد ، فصار مثل // [ف ١٠٧ أ] الدين فى باب جواز الكتاب به . وأما إذا كان الأب هو المدعى لنسب الابن ، والابن فى يدى رجل استرقه ، فإن الأب[٤] يريد إزالة يد المدعى عليه وملكه عن عين الولد الذى فى الظاهر أنه ملكه ، فصار مثل استحقاق العبد ، فلا تُسمع الشهادة أو يحضر الولد . فلذلك لم يجوّز أبو حنيفة أن يكتب الكتاب به . وأما (٥ أبو يوسف٥) فإن من أصله جواز الكتاب فى دعوى العبد . وكذلك هذا . وأما إثبات الزوجية فإنه يُقبل فيه كتاب القاضى إلى القاضى فى قولهم جميعاً[٦] لأنه ليس فى هذا إزالة ملك المالك ، وإنما هو إثبات // [ل ١٢٧ أ] حق (٧ له فى بضعها واستباحته بعقد النكاح ، فيصير مثل سائر الحقوق التى يدعيها الإنسان على غيره وتدعيها المرأة على الزوج من الطلاق والعتاق والصلح وغير ذلك من الحقوق . وأما نسب الابن فإن فيه إزالة ملك الذى هو فى يديه فى الظاهر ، فلا يُسمع من الشهود أو يحضر الابن كما قلنا فى الاستحلاف٧) .

---

(٣) ل ، ج : الإبدال والمثبت هو الصحيح ، أى ما يقوم مقام الأصل . أنظر أحكام القرآن للجصاص ، ج ٢ ، ص ٢٣١

(٤) ف : الابن .

(٥) ف : أبو حنيفة .

(٦) ساقط من ل .

(٧) الاعتماد هنا على ل ، إذ أن ف فيها إعادة وتطويل لنفس النقاط ولا فائدة من اثباتها .

446 فصـــل[1]

{ وإذا شهد شهود المدّعى بحدّين من حدود الضيعة المدّعاة لم // [ف ١٠٧ ب] يسمع القاضى منهما [2]ولم يكتب بذلك كما لا يحكم به لو كان المدعى عليه حاضراً } ، لأن التعريف لا يقع بحدين فلا يقبل الشهادة على غير معروف[2] . { وأما إذا شهدوا على ثلاثة حدود جاز أن يكتب } لأن التعريف واقع فى الأغلب وإن كان قد يتفق داران فى ثلاثة حدود لأن موافقتهما لا يكون إلا نادراً ، كما يتفقان فى أربعة حدود إلا أنه يكون شاذاً نادراً . فلا يخرج التحديد من أن يقع به التعريف . كذلك تحديدهم بثلاثة حدود مثل هذا كما قلنا فى تعريف النسبة أنه إذا سمّى المطلوب باسمه واسم أبيه وجدّه كان جائزا وإن اتفق مثله . كذلك هذا .

447 فصـــل[1]

قال[2] : { وللقاضى أن يكتب بما علم من إقرار المطلوب إذا سأل الطالب ذلك كما يكتب بينة المدعى } ، لأن علمه بكون الشىء على ما ادعى المدّعى أولى من شهادة الشهود بذلك . إذا كان المكتوب إليه ممن يرى القضاء بعلم القاضى من غير بينة قامت عليه . فأما إذا كان المكتوب إليه لا يرى القضاء بعلم القاضى فلا معنى لكتاب القاضى إليه لأنه لا يجوز للمكتوب إليه أن يحكم بما عنده أنه خطأ وباطل .

---

446 (١) ف : مسئلة .

(٢) الاعتماد على ف إذ أن ل مضطربة جداً هنا .

447 (١) ساقط من ل (٢) ساقط من ب ، ف

488 فصـــل[١]

{ وإذا علم الذمّىّ علماً ثم أسلم ثم استُقضى لم يجز له أن يحكم بما علمه فى حال كفره عند أبى حنيفة . وكذلك ما علمه العبد فى حال الرق ثم أعتق واستقضى ، والصبى إذا علم فى حال الصبى ثم بلغ واستقضى لم يجز لواحد منهم أن يقضى بما علم وهو ليس من أهل القضاء فى تلك الحال عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف : له أن يحكم فى هذا كله كما جاز له أن يشهد بما قد علمه فى حال لم يكن من أهل الشهادة ، وهى حال الكفر والرق والصبى } . قال الشيخ[٢] : وهو قول محمد المشهور . ورُوى عنه آخرة[٣] أنه قال : لا يجوز للقاضى أن يحكم بعلمه إلا ببينة . وأما أبو حنيفة فإن من أصله أن ما علمه القاضى قبل القضاء فإنه لا يجوز له //[ل ١٢٨ ب] أن يحكم به وإن كان فى تلك الحال من أهل القضاء ، [٤] فما سمعه فى حال ليس فيها من أهل القضاء أولى أن[٤] لا يحكم به إذا استقضى .

489 فصـــل

{ وإذا لم يكن للمدعى إلا شاهد واحد أو امرأة واحدة وسأل القاضى أن يكتب بذلك كتاباً ، فإن القاضى يكتب له } ، لأنه لو جاء بالمدعى وأقام عليه شاهداً واحداً أو امرأة واحدة قُبل ذلك منه ، وقيل له : هات شاهداً آخر حتى يتم لك الحق . وفى المرأة يقال له : هات امرأة أخرى ورجلا آخر يشهدان على مثل شهادة هذه ، [١] ويتم لك[١] الحق . فكذلك ها هنا

---

488 (١) ف : مسئلة . (٢) ف : محمد .
(٣) كذا فى ج . وفى ف : أخره . وفى ل : باخره .
(٤) ساقط من ف ، ج .

489 (١) ل : ويعلمك .

يسمع القاضي منه ويكتب بذلك حتى إلى القاضي المكتوب اليه ويقيم تمام[٢] الشهادة هناك . وإن كان المكتوب بشهادته رجلا ضم إليه رجلا آخر عند // [ف ١٠٨ أ] القاضي المكتوب إليه حتى تتم الشهادة ، وإن كانت امرأة ضم إليها امرأة أخرى ورجلا آخر كما قلنا في حال حضور المدعى وكما قلنا في الشهادة على الشهادة . ويجوز للشاهدين أن يسمعا من أحد شاهدى الأصل دون الآخر . وكذلك للقاضي أن يسمع ها هنا من أحد الشاهدين إذا لم يكن للمدعى غيره .

490 فصـــل[١]

وإذا كان في يدى رجل أمة فأقام رجل بينة أنها له ، فقضى له القاضي بها ، فقال الذى هى في يديه للقاضي : إنى اشتريتها من رجل يقال [له] فلان بن فلان الفلاني ، وهو في بلد كذا ، ودفعت إليه الثمن ، وشهودى ها هنا ، فاسمع منهم واكتب لى بذلك ، فإنه يسمع من شهوده ويكتب له بما صح عنده من أمره { لأنه يدعى بهذا[٢] الرجوع على البائع بالثمن ، والثمن إنما يثبت في ذمته ، فيسمع بينته عليه ويكتب به كما قلنا في سائر الديون .

491 قال : { ولو أن جارية في يدى رجل ادعت أنها حرة الأصل بعد ما أقرّت بالرقّ فأقامت شاهدين على أنها حرة الأصل فجعلها القاضي حرة ، فقال الذى هى في يديه : اشتريتها من فلان بن فلان ، فاسمع من شهودى واكتب بذلك إلى ذلك القاضي ، فإنه يفعل ذلك } ، لأن الجارية قد استحقت نفسها بالحرية فيكون استحقاقاً على البائع الذى اشتراها منه المشترى ، وعلى غيره أيضاً ، فإذا سأل المشترى القاضي أن يسمع من شهوده حتى يثبت

(٢) ف : باقى .

490 (١) ف : مسئلة . (٢) ل : بها .

له[١] الرجوع عليه بالثمن سمع منهم ، فكتب له كما قلنا فى الاستحقاق فى الفصل الأول .

492 فصـــل[١]

{ولو أنها لم تقم بينة على حرية الأصل ، إلا أنها قالت : ما أقررت بالرق وأنا حرة الأصل ، ولم يكن للذى هى فى يديه بينة على إقرارها بالرق[٣] ، فجعلها القاضى //[٢][ل ١٢٨ أ] حرة ، فقال الذى هى فى يديه للقاضى : اسمع من شهودى على شراى من فلان ليثبت لى الرجوع عليه بالثمن ، فإن القاضى لا يسمع منه ذلك ولا يكتب له } لأن البائع لو كان حاضراً لم يلزمه شىء بهذه الدعوى من المشترى ، لأن الجارية لم تستحق عليه بينة ، وإنما حكم القاضى بحريتها بالظاهر لأن [٣] الناس فى الأصل أحرار حتى يثبت الرق ، وإذا كان حكمه بالحرية من [٣] جهة الظاهر دون الاستحقاق لم يجب للمشترى الرجوع بالثمن ، لأن الظاهر لا يُستحق به على الغير شىء . وأيضاً فإن الذى هى فى يديه قد أقر بأن الجارية قد أقرت بالرق وأنه اشتراها من فلان وهى مقرة بالرق ، ثم أنكرت بعد ما حصلت فى يديه ، فإذا عجز عن إقامة البينة على إقرارها بالرق ولم يجز له الرجوع على البائع بالثمن لأنه معترف أن السبب الموجب لزوال ملكه ، وهو الإنكار ، لم يكن موجوداً فى يدى البائع ، وإنما حدث فى ملكه ، فصار كأن //[ف ١٠٨ ب] الجارية أقامت البينة على عتق المشترى إياها . فلا يجب له الرجوع على البائع لعدم المعنى الموجب لزوال الملك فى يدى البائع . وأما إذا أقامت البينة على حرية الأصل فإن كونها حرة الأصل

---

491 (١) ف : لنا .

492 (١) ساقط من ل .
(٢) يجرى الانتقال الآن إلى صفحة ١٢٩ ب من مخطوطة ل .
(٣) ساقط من ل .

معنى كان موجوداً فى يدى البائع ، فصار كاستحقاق ملكها فى الأصل . بل هذا أشد من ذاك لأن هذا استحقاق على جميع الناس وذاك استحقاق على الباعة لحسب[٤] . فلذلك وجب الرجوع هناك ولم يجب فى مسئلتنا .

493 قال : { ولو قال المشترى للقاضى : حلِّف البائع — يعنى إذا كان حاضراً — بالله ما هى حرة الأصل ، فإن القاضى يحلّفه على ذلك } ، لأنه لو نكل عن اليمين لزمه ردّ الثمن عليه . [١]فإذا كان للمشترى حق فى استحلافه وجب أن يحلف على دعواه[١] .

494 { [١] قال : وكذلك لو أقام المشترى بينة على أنها حرة الأصل ليرجع بالثمن على البائع قبلت بينته } لأنه يدعى : إن المبيع الذى أخذته منك قد أخذ من يدى بمعنى كان موجوداً فى يدك ويوجب استحقاقه وهو حرية الأصل فتُقبل بينته على ذلك ويرجع عليه بالثمن لكونه خصما فى الرجوع بالثمن بإثبات هذا المعنى . فوجب له حق الرجوع[١] .

495 قال الشيخ : وليس المشترى ها هنا خصما لكونه مدعياً لحرية الأمة كما يكون[١] خصما فى إثبات عتق الأمة ، لأن الأمة ها هنا مدعية العتق والذى هى فى يديه إذا ادعى أنها صارت حرة ، ولا يحتاج إلى إقامة البينة فليس إثبات خصومته إلا للرجوع بالثمن . فإن قيل : إن المشترى لما دخل مع البائع فى عقد الشراء صار معترفا برق الجارية ، فينبغى أن لا تُقبل بينته على كونها حرة الأصل كما لا تُقبل بينته على كونها ملكاً لزيد ، قيل //[١٢٩ ب]

---

(٤) ساقط من ل .

493 (١) ساقط من ل .

494 (١) الاعتماد هنا على ف ، إذ أن ل مضطربة هنا جداً ومختصرة .

495 (١) مزيد هنا فى ف ، ل ، ج : الشهود . والمعنى يتطلب اغفال هذه الكلمة .

له إن اعترافه بكون المبيع للبائع من جهة الحكم لا يمنع إقامة البينة أنها حرة الأصل ، لأنه ليس بصريح الإقرار وإنما هو إقرار من جهة الحكم . ونحن نفرق بين الإقرار من جهة الحكم وبين [٢] صريح الإقرار [٢] . ألا ترى أن المشترى يكون مقراً بكون المبيع ملكا للبائع بدخوله معه فى العقد ، ومع ذلك لو استُحقّ رجع عليه بالثمن . ولا يكون هذا كإقراره بأن العبد لك فبعْه منى بألف درهم ، فباعه [٣] منه ، فيُستحقّ منه أنه لا يرجع عليه بشىء فلذلك افترقا [٣] .

496 مسألة

قال [١] { ولو كان المدّعَى داراً أو ضيعة فإن القاضى يسمع من شهود المدعى شهاداتهم على أنه للمدعى إذا وصفوا وحدّدوا الحدود الأربعة أو الثلاثة كما يُقبل منه فى القضاء سواء كانت الدار المدعاة فى بلد القاضى المكتوب إليه أو فى بلد الذى كتب إليه الكتاب أو فى غير هذين البلدين } ، لأن الشهادة لا تقع على عين الدار وإنما تقع على حدودها ، فلا يختلف // [ف ١٠٩ أ] الحكم بكون الدار فى أى موضع كانت . { فإن كانت فى البلد الذى فيه القاضى المكتوب إليه [٢] أحضر القاضى المكتوب إليه المدعى عليه إذا ورد عليه كتاب القاضى بكون الدار للمدعى ، ويقرأ الكتاب [٢] بحضرة المدعى والمدعى عليه بعدما يسمع من الشهود مافى بطن الكتاب . فإذا قرأ عليهم حينئذ قال للمدعى عليه : هل لك من حجة تدفع بها دعوى المدعى [٣] أم لا ؟ فإن أدلى بحجة يدفع بها دعوى المدعى [٣] ، وإلا حكم عليه بالدار للمدعى وأمره بتسليمها إليه وأجبره عليه إن امتنع من ذلك } كما قلنا فى سائر الحقوق .

---

(٢) ف : الإقرار بالصريح . (٣) ساقط من ف .

496 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .
(٣) ساقط من ف .

497 فصـــل[1]

قال : { فإن كانت الدار فى بلد القاضى الذى كتب الكتاب فإن القاضى المكتوب إليه إذا قضى بالدار على المدعى عليه فامتنع المقضىّ عليه من أن يسلمها إلى المدعى أَسْجَـلَ[2] بذلك سجلاّ للمدعى وكتب الكتاب : أما بعدُ ، فإن كتابك الذى أنفذته إلىّ قد وصل إلىّ ووقفت على ما كان فيه من سماعك من شهود المدعى بكون الدار له[3] وبما ثبت لفلان عندك[4] . وإنى جمعت بين فلان الطالب وفلان المطلوب وقرأت الكتاب بحضرتهما بعد أن شهد الشهود على الكتاب أنه كتابك إلىّ وخاتمك ، وسألته[5] أن يأتى بحجة إن كانت له ، فلم يأت بحجة يدفع بها ما ثبت لفلان عليك ، وإنى حكمت لفلان // [ل ١٣٠ أ] عليه بذلك وأسجلت له سجلا وأمرت فلاناً بتسليم ذلك إلى فلان والخروج منه إليه ، فدافع بذلك وامتنع من تسليمه إليه ، وذلك قِبَـله. وسألنى فلان الكتاب إليك وإعلامى إياك[6] [بقضائى][7] له على فلان بذلك لتُـسلّم إلى فلان هذه الدار وتأمره بدفعها إليه . فاعمل فى ذلك ، يرحمنا الله وإياك بالذى يحق لله تعالى عليك ، وسلم هذه الدار المحدودة فى هذا الكتاب إلى فلان موصل كتابى هذا إليك إن شاء الله تعالى } . وإنما وجب هذا لأن القاضى الذى قضى بالدار لا يقدر على تسليم الدار إلى المدعى والدار فى عمل غيره ، فلابد من أن يكتب بذلك الكتاب ، إذ قد وجب عليه قطع الخصومة بينهما ، والخصومة لا تُقطع بينهما إلا من هذا الوجه حتى يسلم القاضى ، الذى الدارُ فى عمله ، الدارَ إلى المدّعى .

---

497 (١) ساقط من ل .

(٢) كذا فى الأصل ، ويرادف : سجل .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ف : دعوته .

(٦) ساقط من ف .

(٧) فى الأصل : قضيتى .

498 باب ما لا ينبغى للقاضى أن يكتب به كتابا

الأصل فى هذا الباب أن ما يسقط بالشبهة لا يكتب القاضى به كتاباً إلى قاض آخر ، وما لا تُسقطه الشبهة يكتب القاضى به الكتاب إلى قاض آخر إذا كان الحق المدعى تصح الشهادة عليه مع غيبته[1] عن القاضى ، وأصل آخر وهو أن القاضى لا ينبغى له أن يكتب فيما يصح الكتاب به أيضاً إلا فى موضع يكون السائل //[ف ١٠٩ ب] للكتاب خصما فيما يسأله لو كان المدعى عليه حاضراً[2] . فأما إذا لم يكن خصما لو كان المطلوب حاضراً لم يسمع منه بينته ولا يكتب به الكتاب إلى القاضى . وهذا مثل أن يقول للقاضى : إنى اشتريت داراً فى بلد كذا وإن شفيعها سلّم شفعتها لى ، وشهودى ها هنا على تسليمه ، ولست آمن إذا صرت هناك أن يطالبنى بالشفعة ، فاسمع من شهودى واكتب لى ذلك ، فإن القاضى لا يسمع منه ذلك ولا يكتب له به لأنه لو كان الشفيع حاضراً ولم يدّع شيئاً فقدمه المشترى إلى القاضى فقال : إنى اشتريت داراً وهذا شفيعها وقد سلم لى الشفعة ، ولى عليه بينة بالتسليم فاسمع منهم ، لم يلتفت القاضى إليه . كذلك لا يجوز أن يكتب له به الكتاب لأن ما لا يجوز سماع الشهادة عليه لا يجوز الكتاب به ، إذ الكتاب إنما هو خطاب بما قد صحّ عند القاضى من سماع البينة ووجوب حق المدّعى على المدعى //[ل ٣٣٠ ب] عليه ، فإذا لم يجز سماع البينة فبأىّ شىء يكتب الكتاب ؟

499 قال[1] : { وكذلك لو ادعى على رجل البراءة فطلب من القاضى الكتاب بذلك وصاحب البراءة لم يدّع عليه شيئاً ، فهو مثل هذا } . [2]وروى

---

498 (١) ل . عينه . (٢) ساقط من ل .

499 (١) ساقط من ف .

عن محمد أنه قال فى هذا [٢] : يكتب القاضى . ولم يُذكر عنه شىء فى سائر المسائل من دعوى المرأة طلاق زوجها قبل أن يدعى الزوج نكاحها ، وغيرها من المسائل . ووجه ما ذهب إليه محمد أن حق المطالبة وإن لم يثبت[٣] فليس يمتنع أن يُكتَب به الكتاب لئلا يدعى عليه ، كما قالوا جميعاً : إن المدعى عليه إذا كان غائباً وادعى الطالب عليه ديناً ، فللقاضى أن يسمع من شهوده ويكتب به الكتاب وإن كان المدعى يجوز أن يُقرّ فلا تثبت بينهما خصومة ، ويجوز أن ينكر فيكون بينهما خصومة . وكذلك ها هنا . وإن جاز أن يكون المدعى عليه التسليم والبراءة والطلاق يدعى شيئاً فلا يمنع قبول البينة عليه . وهذا ساقط لأن مسئلة الدين لو كان المدعى عليه حاضراً لكان خصما للمدعى الدينَ إلا أن يُسلّم حقه إليه . وفى مسئلة الشفعة وغيرها لم يكن الشفيع خصما فى بيع ما لم يطالب حق الشفعة . فلذلك افترقا . ولو ادعى التسليم ، والزوج أنكر الطلاق ، والمبرىء أنكر البراءة فى البلد الذى هم فيه ، فللقاضى أن يسمع من شهود خصومهم ويكتب به الكتاب ، لأنهم لو كانوا حضورا لثبتت الخصومة بينهما . فكذلك إذا كانوا غُيَّباً ثبتت الخصومة بينهما ، وجاز به قاضى البلد .

500 باب القاضى يرد عليه كتاب من قاضٍ ما ينبغى له أن يعمل به // [ف ١١٠ أ]

قال الخصاف : { وإذا ورد على القاضى كتاب قاض بحق على رجل فإنه ينبغى له أن يجمع بين الرجل الذى جاء بالكتاب وبين خصمه ، ثم يدعوه بكتابه والشهود الذين يشهدون على الكتاب ، فإن حضروا فشهدوا أن هذا

(٢) ساقط من ف .

(٣) ل : يكتب .

كتاب فلان بن فلان قاضي بلد كذا وهذا خاتمه ، فإن أبا حنيفة قال : يسألهم هل قرأ عليكم الكتاب وختمه بحضرتكم ؟ فإن شهدوا على ذلك قبله . "وإن قالوا لم يقرأه علينا ولكنه ختم الكتاب بحضرتنا ، لم يقبله . وقال أبو يوسف : يقبله //[ل ١٣١ أ] في ذلك كله"[١] } .

501 قال الشيخ : وقول محمد مثل قول أبي حنيفة ، وإنما ينبغي أن يجمع بين المدّعي والمدعى عليه في سماع شهادة الشهود على الكتاب لأن الشهادة يقع بها القضاء فلا تُسمع على غير خصم، وكما لا تُسمع الشهادة على شهادة الأصل على غير خصم . وأما وجوب الشهادة على ما في الكتاب في "قول أبي حنيفة ومحمد"[١] وجوازها على عين الكتاب وختمه أنه للقاضي ، على قول أبي يوسف فيما بيناه فيما تقدم .

502 فصــــل[١]

قال : { وقال أبو حنيفة . إن كان على عنوان الكتاب : من فلان إلى فلان ، أو : من أبي فلان إلى أبي فلان ، لم يقبله } . ذكر ها هنا عنوان الكتاب ولم يذكر ما في الكتاب . وقال عن[٢] محمد بعد هذا : { إذا لم تكن أساميهم في الكتاب فإنما هي عنوان الكتاب ، لم أقبل منه } . وهو قولهم[٣] على ما قال الشيخ . فإذا كان كذلك وجب أن يكون المراد بعنوان الكتاب وما في بطن الكتاب مكتوب : من فلان إلى فلان ، أو : من أبي فلان إلى أبي فلان . "إذ المعوّل على ما في بطنه . وعنـــوان الكتاب لو لم يكن

---

500 (١) ساقط من ف .

501 (١) ل : قولهما .

502 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .

(٣) ل : قولهما .

إلا الكتبة[٤] ، أو لم يكن عليه شيء وجب أن يكون مقبولا بعد أن يكون في بطن الكتاب ما يقع به التعريف من الاسم والنسب . فأما إذا لم يكن في الكتاب إلا قوله . من فلان إلى فلان ، أو : من أبي فلان إلى أبي فلان[٥] أو نسب نفسه إلى أبيه ولم ينسبه إلى جده فإنه لا يجوز إذا لم يقع به التعريف لأن القصد في هذا وقوع تعريف الكاتب[٦] والمكتوب إليه . والاسم الواحد لا يقع به التعريف ، ولا الكُنية ، اللهمّ إلا أن تكون كنية مشهورة مثل كنية أبي حنيفة [٧] وأبي يوسف [٧] واسما مشهوراً إذا ذُكر عُرف ولم يُشتبه بغيره ، فيُقبل منه . وكذلك نسبته إلى الأب على هذا إذا وقع به التعريف قُبل ، مثل علي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب : فأما إذا لم يقع به التعريف لم يُقبَل لأنه لا يدري هل كتب إليه أو لا ، وممن كتب وإلى أين كتب . وليس هذا ككتابه[٨] : من فلان قاضي بلد كذا إلى قاضي بلد كذا ، أو لم يقل : فلان ، ولكنه إلى قاضي بلد كذا ، إنه يُقبل لأن هذا يقع به التعريف . لأن قاضي // [ل ١٣١ ب] ذلك البلد لا يكون إلا واحدا في الأغلب ، فيكون تعريفاً ، لأنه يعلم أن قاضي البصرة كتبه إلى قاضي بغداد . فأما إذا لم يذكر [٩] قاضي كذا[٩] وإنما قال : من محمد إلى أحمد ، فإنه لا يقع بذلك تعريف ، لأنه لا يدري أراد أحمد القاضي أو أحمد البقال أو أحمد قاضي البصرة أو قاضي بلد آخر . فيكون مجهولا لا يقع به التعريف ، إذ قد دخل تحت هذا اللفظ القاضي أو غير القاضي وقاضي بلد واحد [١٠] وقاضي سائر البلدان [١٠] على الانفراد فلا يجوز . وليس هذا // [ف ١١٠ ب] أيضاً

---

(٤) كذا في ل .

(٥) ساقط من ف .

(٦) ل : الكتابة .

(٧) ساقط من ل .

(٨) ل : لكانه .

(٩) ساقط من ف .

(١٠) ساقط من ل .

كـكتابه إلى قضاة المسلمين لأن ذلك مكتوب إلى كل قاض من قضاة المسلمين وهذا لم يكتبه إلا واحد ، وذلك الواحد مجهول ، فلذلك افترقا .

503 قال { وقال أبو يوسف : أقبل هذا إذا شهدت الشهود أنه كتاب فلان ، قاضى بلد كذا إليك } ، لأن من أصله جواز الشهادة على عين الكتاب دون ما فيه ، فلا يحتاج إلى ما في الكتاب متى شهدت الشهود أن هذا الكتاب من قاضى البصرة إليك يا قاضى بغداد . وعند [١] أبى حنيفة [١] ومحمد لا تجوز الشهادة على الكتاب بعينه حتى يشهدوا بما فيه ، فإذا لم يكن ما فيه معروفا تقع الشهادة عليه لم يُقبل ، إذ الشهادة غير مقبولة على المجاهيل .

504 قال : { ولو كتب : من فلان إلى فلان بن فلان ، وفلان المنسوب إليه إنما هو جده ولم ينسب نفسه إلى الأب لم يُقبل } ، لأنه إذا قال : من محمد ابن عبد الله ، وهو محمد بن زيد بن عبد الله [١] على الحقيقة ، وحكم الكلام إذا ظهر أن يُحمل على الحقيقة ، فلا يحمل على أن المنسوب إليه هو الجد بل يحمل على أنه هو الأب الأدنى الذى هو خرج من صلبه دون الجد . ويجوز أن يكون غيره محمد بن عبد الله ، وأيضاً لا فرق بين أن ينسب نفسه إلى أب واحد وهو الأب الأدنى ، فلا يكون معروفا بذلك ، وبين أن ينسب نفسه إلى الجد ، فلا يقع به تعريف أيضاً إذا قد نسب نفسه إلى أب واحد فى الحالين جميعاً ، وقد قلنا إن الاسمين قد يشتبهان فى أكثر الأحوال فلا يقع به تعريف حتى يُنسب إلى الأب والجد[١] .

505 قال : { وقال محمد : لو لم يكن فى الكتاب — يعنى فى داخله — الأسماء والكُنى ، وكان فيه عافانا الله وإياك ، لم يجز ذلك لأن الشهادة إنما

---

503 (١) ف : أبى يوسف .

504 (١) الاعتماد هنا على ف . ومخطوطة ل بنفس المعنى مع بعض تقديم وتأخير .

تقع على ما فى الكتاب ، لأنه هو الخطاب المشهود به . فإذا كان // [ل١٣٢أ]
المخاطب مجهولا لم تجز عليه الشهادة .

قال : { ولو كان على عنوان الكتاب اسماؤهما وأسماء آبائهما ولم يكن ذلك(١) داخل الكتاب(١) لم يجز } لما بينا أن الخطاب ما فى الكتاب دون ما على عنوانه ، فينبغى أن يكون نفس الخطاب معلوماً من المخاطب . فإذا جهل ذلك وقعت الشهادة على مجهول ، فلا يجوز .

506 قال : { وإذا شهدت الشهود على الكتاب وعلى خاتم القاضى فهو كتاب صحيح } ، لأنهم شهدوا بما فى الكتاب وعلى خاتمه أنه من فلان إلى فلان . وهذا أراد به أنهم شهدوا على اسمه ونسبه وأن فلاناً كتبه على حسب ما بيّنّا من شرائط صحة كتاب القاضى إلى القاضى . قال الشيخ : ولو لم يشهدوا على ختم الكتاب أنه القاضى الكاتب ، جازت الشهادة إذا شهدوا على ما فى الكتاب ، لأن الشهادة تقع على ما فى الكتاب دون الختم .

507 قال : { وإن كان القاضى يعرف الشهود الذين شهدوا على الكتاب بالعدالة فضّه بمحضر من الطالب والمطلوب وعمل بما فيه وأنفذه . وإن كان لا يعرفهم بالعدالة لم يفضّ الكتاب ويكتب المحضر وشهادة الشهود ، ويجعل الكتاب فى درج المحضر حتى يسأل عن الشهود . فإن عُدّلوا عنده(١) فضّ الكتاب بمحضر من الطالب والمطلوب وحكم بما فيه . وإن لم يُعدّلوا قال للطالب : زِدنى شهودا على الكتاب } .

(٢) أما إذا (٢) عرف عدالتهم فإنما يفض الكتاب ويفكه ليعلم صدق

---

505 (١) ل : ق داخله .

507 (١) ساقط من ف . (٢) ل : وإلا .

الشهود بما شهدوا به ويقضى بما فيه بعد أن يقرأ على المقضى عليه ، إذ القضاء يقع بذلك ، فلا بد من فضه وإعلام المقضى عليه به . فأما إذا لم يعدّل الشهود فإنما لم يفضه لأنه لم يثبت عنده أن الكتاب إليه ، إذ لم يقطع بعدُ على شهادة الشهود بالكتاب وبما فيه ، فلا ينبغى أن يفكّ الكتاب ما لم يثبت عنده أنه إليه. ولكن يكتب به محضرا على ماجرى من القصة ، ويجعل الكتاب فى درجه حتى ينظر فى أمر الشهود . فإذا ثبتت عدالتهم فضّه وحكم بما فيه . وإن لم تثبت عدالتهم استزاد الشهود من المدعى . فإن أتى لشاهدَى عدل فضه وحكم له بما فيه . وإلا لم يحكم له بشىء .

508 قال : { وإن لم يصل الكتاب حتى خرج القاضى الذى كتب الكتاب من القضاء بموت أو عزل أو عمى[1] أو فسق أو غير ذلك لم يقبل الكتاب ، كما أن شهود الأصل متى خرجوا من أن يكونوا من أهل // [ل ١٣٢ ب] الشهادة بعمى أو فسق أو غيرهما لم تجز شهادة الشهود على شهادتهما . كذلك هذا } . وأما الموت ففارقت مسئلتنا مسئلة الشهادة على شهادة الأصل ، فيقبل الشهادة على شهادة شهود الأصل[2] وإن مات شهود الأصل ولم يقبل الكتاب إذا مات القاضى الذى كتب . والفرق بينهما أن الموت لا [2] يبطل [2] حكم الشهادة . ألا ترى أن الشهود لو ماتوا بعد سماع القاضى الشهادة قبل التعديل لم تبطل شهادتهم ويحكم بتلك الشهادة ؟ والموت يُخرج القاضى من القضاء . ألا ترى أن القاضى لو مات بعد ما سمع من الشهود قبل التعديل ينفذ ذلك السماع ، وصار لا فرق بين موته وعزله فى هذا ؟ فلذلك قلنا إنه لا يجوز أن يقبل الكتاب بعد موته كما لا يقبل بعد العزل . وفارق هذا الشهادة على شهادة الأصل .

---

508 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

509 قال[1] : { فإن ضاع الكتاب من الرجل قبل أن يوصله إلى القاضى ، وانتقل الخصم من بلده إلى بلد آخر ، فسأل الرجل الذى جاء بالكتاب القاضىَ المكتوب إليه أن يكتب له إلى القاضى الذى كتب يُعلمه ذلك ليكتب له كتاباً آخر ، أو يكتب هذا القاضى إلى قاضى البلد الذى فيه الخصم ، فليس عليه أن // [ف ١١١ ب] يفعل ذلك } لأن الكتاب المكتوب إليه لم يصل إليه فلم يلزمه حكمه ، فلم يجب عليه أن يكتب إلى القاضى الذى كتب بإعلام ذلك ، ولا إلى غيره ، إذا لم يقف هو على شىء [2]مما قال الرجل[2] المدّعى ولا شهدت به الشهود فيلزمه من جهة الحكم شىء ، فلا يجب عليه أن يكتب كتاباً إلى أحد .

510 فصـــل[1]

{ ولو لم يكن كذلك ولكنه أوصل الكتاب إليه ، وخصمه قد تحوّل إلى بلد آخر ، فسأل أن يسمع من شهوده على ما فى الكتاب [2]ويكتب له كتاباً بذلك إلى قاضى البلد الذى فيه الخصم ، فإن القاضى يجيبه[2] إلى ذلك } لأنه قد ثبت عنده الكتاب المكتوب إليه ولزمه حكم ما فيه لو كان المدعى عليه حاضراً . فينبغى أن يكتب بذلك كتاباً كما يكتب القاضى الأول . والمعنى الجامع بينهما لزوم كل واحد منهما الحكم بشهادة المدعى لو كان المدّعى عليه حاضراً . وإذا غاب لزمه أن يكتب بذلك كتاباً إلى قاضى بلده . وهذا مقبول كما تُقبل الشهادة على الشهادة على شهادة الأصل .

511 قال : { وإذا أثبت القاضى المكتوب إليه أولا أن الكتابَ كتاب القاضى الذى كتب وأثبت ما فيه عنده ، كتب إلى القاضى الذى سأله الكتاب إليه ونسخ فى كتابه كتاب القاضى الذى كتب له به إليه ، وإن شاء حكاه ،

---

509 (١) ساقط من ف . (٢) ف : فما قال الرجل .

510 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .

وأشهد على كتابه ودفعه إليه } . وإنما وجب نسخ ذلك // [ل١٣٣أ] الكتاب في كتابه أو حكاية فيه كما وجب في الشهادة إعادة لفظ شهادة الشهود الذين شهدوا على شهادتهم وشهادة شهود الأصل . كذلك هذا مثله .

512 قال : { وكذلك لو سأل القاضي الأول[١] أن يسمع من شهوده على حقه ويكتب له إلى قاضي بلد كذا ليكتب له قاضي بلد كذا [٢] إلى قاضي بلد كذا ،[٢] فعل ذلك } ، لأنه يجوز أن لا يجد بينة تشهد له على كتاب القاضي الأول ممن تخرج معه إلى بلد الخصم ، ويجد من يخرج معه من بلد هذا القاضي إلى القاضي المكتوب إليه ومن هناك إلى القاضي الذي في بلد الخصم . فيفعل ذلك لأن القاضي قد لزمه أن يوصله إلى حقه ، وهو لا يتوصل إلى حقه إلا على هذا الوجه ، فيوصله إلى حقه . وصورة هذا أن يكون المدعي رجلا من أهل بغداد ، وخصمه بالأهواز ، ومعه قوم من أهل البصرة ، فيقول للقاضي : اسمع من شهودي من أهل بغداد على إثبات حق على فلان المطلوب واكتب[٣] لي كتاباً إلى قاضي البصرة ليكتب قاضي البصرة إلى قاضي الأهواز ، لأني لا أجد بينة تخرج معي من أهل بغداد إلى الأهواز ، وأجد من يخرج من ها هنا إلى البصرة وأجد من يخرج من البصرة إلى الأهواز فإن // [ف ١١٢أ] القاضي يفعل ذلك . فإذا ورد كتاب قاضي بغداد على قاضي البصرة وسمع من شهوده على الكتاب ، فإذا ثبت ذلك عنده كتب إلى قاضي الأهواز . وينسخ في كتابه كتاب قاضي بغداد ويحكي عنه [٤]ما قد كتبه[٤] . فإذا ورد الكتاب على قاضي الأهواز أحضر الخصم وحكم عليه بما في الكتاب بعد ما شهدت الشهود بما فيه وعُدّلوا .

513 قال : { وكذلك لو أن رجلا أخذ كتاب قاضي الكوفة إلى قاضي

---

512 (١) ف : المولى .
(٢) ساقط من ل .
(٣) ف : ويكتب .
(٤) ساقط من ف .

فارس فى حق له ، فلما صار إلى البصرة مرض شهوده الذين شهدوا له على كتاب قاضى الكوفة ، واشهدوا له على شهادتهم [وأوقفوا][1] الشهود الذين أشهدوهم على الكتاب وعلى الخاتم وقالوا لهم : هذا كتاب فلان بن فلان قاضى الكوفة إلى فلان بن فلان قاضى فارس ، فأتى بالكتاب إلى قاضى فارس ، وشهد هؤلاء الشهود على شهادة أولئك الشهود ، فإن قاضى فارس [2]ينبغى له أن يقبل[2] شهادة هؤلاء الشهود على شهادة أولئك الذين شهدوا على شهادة الكتاب وينفذه } ، لأن الشهادة على الشهادة فى كتاب القاضى إلى القاضى جائزة كما يجوز فى سائر الحقوق [3]التى لا تُسقطها الشبهة[3] . وكذلك لو لم يمرضوا ولكن بدا لهم أن [لا][4] يأتوا إلى فارس فأشهدوا // [ل ١٣٣ ب] على شهادتهم قوماً آخرين جاز ذلك لأن الشهادة على الشهادة تجوز عندهم إذا كان بين شهود الأصل وبين القاضى سفر أو مرض ، لأن ذلك عذر[5] فى حمل[6] الشهادة إلى عند القاضى ، فيُشهِدون على شهادتهم قوماً آخرين عند تعذر حمل الشهادة إلى عند القاضى .

514 قال : { ولو أن الطالب قال لقاضى الكوفة : إن لى على رجل يقال له فلان بن فلان الفلانى كذا وكذا درهماً ، وقد قيل لى إنه بالبصرة ، ولى عليه بينة،فاسمع من شهودى عليه وا كتب لى إلى قاضى البصرة ، فإن كان حاضراً[1] بها وإلا كتب إلى قاضى فارس ، فإنه يفعل ذلك ليتوصل به إلى حقه . ويكتب قاضى الكوفة بأن فلان بن فلان الفلانى ادّعى على فلان بن فلان الفلانى

---

513 (١) فى ل : ووقف . وفى ف ، ج : ودفعوا .
(٢) ساقط من ل . (٣) ساقط من ل .
(٤) الأصل بدون لا ، ولكن لا يستقيم المعنى بدونه .
(٥) ف : يجوز (٦) ف : محمل .

514 (١) ل : خصمي .

كذا وكذا درهماً وأقام على ذلك بينة عدولا عندى ، فإن كان خصمه فلان هناك بالبصرة قضيت له بذلك على ما يوجبه(٢) الحكم ، وإن كان خارجاً إلى فارس كتبت له كتاباً إلى قاضى فارس بذلك . فإذا ورد الكتاب إلى قاضى البصرة حكم له بذلك إن كان خصمه هناك ، وإلا كتب له به { على حسب ما بيّنا ونسخ الكتاب إلى قاضى فارس .

515 قال : { وكذلك لو قال لقاضى الكوفة : اكتب لى إلى قاضى فارس أو إلى قاضى البصرة ويكون فى كتابك : من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان قاضى البصرة // [ف ١١٢ ب] أو إلى فلان بن فلان قاضى فارس ، فإن أصبتُ خصمى بالبصرة دفعت الكتاب إلى قاضى البصرة ، وإن لم أجده مضيت بالكتاب إلى قاضى فارس ، فإن القاضى يقبل ذلك منه ويكتب له على ما سأل { ، لأن هذا ليس على وجه الشك : إلى ذا أو ذا ، وإنما هو على وجه التأكيد ، أى أيهما قدرت عليه وتوصّلت من جهته إلى حق دفعت إليه الكتاب(١) . (٢)وهذا جائز كما يجوز لو كتب : إلى مَن ورد عليه كتابى هذا من قضاة(٢) المسلمين ، كان ذلك جائزاً ، كذلك هذا . وذكر الخصاف فى هذه المسئلة أنه يعمل [بها](٣) على قول أبى يوسف . ولم يعز إلى غيره . ويجب أن يكون قولهم جميعاً كما قالوا جميعاً فى هذه المسئلة التى استشهدنا بها .

516 قال : { ولو كان القاضى الذى ورد عليه الكتاب أحضر المطلوب والطالب ، وشهدت الشهود على ما فى الكتاب ، وفض الكتاب وقرأ على الخصم ، ولم يحكم عليه بما فيه حتى غاب الخصم المطلوب (١)إلى بلد آخر ،

---

(٢) ل : يوصله .

515 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

(٣) فى الأصل : به .

فسأل القاضى أن يكتب إلى قاضى البلد الذى فيه الخصم[1] ، فإن أبا يوسف قال : لا يكتب له بذلك ، ولكنه ينصب له وكيلا ويحكم عليه . وقال محمد : يكتب له بذلك إلى قاضى البلد الذى فيه // [ل ١٣٤ أ] الخصم { .

517 قال الشيخ : والمشهور من قولهم جميعاً ما قال محمد . وهذه المسئلة مبنية على أن القاضى إذا سمع من شهود المدعى على المدّعى عليه ثم غاب المدعى عليه ، إن القاضى لا يحكم عليه حتى يحضر . وروى عن أبى يوسف أنه ينصب له وكيلا ويحكم عليه . والمشهور من قوله أيضاً ماقال محمد . وذلك أن القضاء آكد من السماع لأن السماع إنما يُحتاج إليه للقضاء ، فلما لم يجز عند الجميع سماع الشهود على غير خصم كان القضاء أحرى أنه لا يجوز على غير خصم . ووجه الرواية عن أبى يوسف أن السماع قد وقع على خصم ، ولو كانت له حجة كان قد أتى بها ، والخصم إنما يُحتاج إليه فى القضاء لكى إن كانت له حجة أتى بها . وكذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم "لعلىّ رضى الله عنه[1] « لا تحكمنّ لأحد الخصمين حتى[2] تسمع من الآخر »[3] . فإذا سمع بحضرة الخصم لم يُحتَج فى القضاء إلى حضور الخصم . والجواب عن هذا ما ذكرناه من كون حال القضاء آكد من حال السماع ، وكما احتيج إلى حضور الخصم فى حال السماع احتيج إليه فى حال القضاء . وقول النبى صلى الله عليه وسلم لعلىّ رضى الله عنه يدل على صحة هذا دون ما قال أبو يوسف لأنه قال : لا تقضينّ لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر ، فيمنع من أن يقضى لأحدهما إلا[4] والآخر بحضرته يسمع ما يُقضى عليه من الحق . فإذا كان كذلك قلنا

516 (١) ساقط من ل .

517 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

(٣) مسند أحمد بن حنبل ج ١ ، ص ٩٠ : « إذا تقدم إليك خصمان فلا تسمع كلام الأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف ترى كيف تقضى » .

(٤) ساقط من ف .

فى مسئلتنا : إن القاضى لما سمع من شهود المدعى على كتاب القاضى فلم يقض// [ف ١١٣ أ] حتى غاب المدعى عليه ، فإنه لا ينبغى له أن يحكم عليه وهو غائب ، ولكن يكتب للمدعى بذلك كتاباً . وعلى رواية أبى يوسف يحكم بذلك للمدعى إلا أنه ينصب وكيلا للمطلوب حتى يقع القضاء عليه .

518 قال : { ولو كان الكتاب ورد على القاضى المكتوب إليه ، والمطلوب قد مات ، فإن القاضى يُحضر الوارث أو وصيّه ويقضى عليه بذلك } . وذكر الخصاف أنه إن كان تاريخ الكتاب بعد موت المطلوب . قال الشيخ : ينبغى أن لا يفترق الحال بين أن يكون تاريخ الكتاب قبل موته أو بعد موته ، لأنه لو كتب الكتاب والمطلوب حىّ ثم مات كان الوارث يقوم مقامه أو الوصى ، كما يقوم مقامه فى سائر الخصومات ، وإن كان كتب وهو ميت فهو مثل هذا . وهذا إلى المنع أقرب //[ل ١٣٤ ب] من الباب الأول لأن الكتاب ها هنا كُتب والمطلوب ميت فصار المذكور فى الكتاب ليس بخصم فى حال الكتابة ، فكأنه سمّى غير خصم ، فينبغى أن لا يُقبل . وفى الباب الأول ، المذكور فى الكتاب كان خصما فى حال الكتابة ، وإذا مات هو قام الوارث أو الوصى مقامه ، فلا تبطل الخصومة .

519 قال : { ولا ينبغى للقاضى المكتوب إليه أن يحكم بالكتاب بخلاف ما عنده من الحكم } ، كما لا يجوز له أن يحكم بخلاف (١) ما يرى (١) من الحكم فى سائر الأحكام . كذلك ها هنا لأنه يصير قاضياً بما يرى أنه باطل والقضاء بالباطل لا يجوز .

520 قال : { وإن كان على اسم الخصم أو من قبيلته المنسوب إليها أو من

---

519 (١) ف : ما يوجب .

أهل صناعته أو تجارته غيرُه ، لم يقبل الكتاب حتى يقيم المدعى البينة أنه هو الخصم فيما يدعيه } لأن القاضى لا يدرى مَن المراد بالمذكور فى هذا الكتاب ، هل هو الذى يدعى الخصم أو غيره . وقول الخصم غير مقبـــول على المطلوب[١] . وإذا قامت البينة على أن المطلوب هو الذى ادّعى عليه المدعى قُبلت بينته وصار خصما ، لأن المدعى خصم فى إثبات المطالبة عليه إذا لم يكن التوصل إلى حقه إلا بهذا الوجه ، فصار خصما فى أن هذا هو فلان بن فلان الذى كتب فيه الكتاب .

521 قال : } وإن لم يكن فى تلك القبيلة أو الصناعة غيره بهذا الاسم والنسب أنفذ القاضى الحكم عليه } لأنه قد صار معروفا عند القاضى أنه هو المكتوب فى أمره والمطلوب بحق الطالب .

قال : } فإن قال المطلوب : أنا أقيم البينة على أنه كان فى هذه القبيلة أو فى الصناعه[١] رجل آخر على اسمى وأنه قد مات ، فإن القاضى لا يلتفت إلى بينته }؛ لأن الحال يكذبه إذ لم يكن هناك أحد على اسمه ، وهو ليس بخصم على إثبات نسب الغير إذ ليس بينه وبين الغير حق ولا طلب . ولا يشبه هذا فى إثبات نسب // [ف ١١٣ ب] الميت واسمه الطالب[٢] فى إثبات نسبه هو واسمه وأنه هو الذى كُتب فيه الكتاب ، لأن المطلوب خصم للطالب فينبغى أن يُبين للقاضى أنه هو المطلوب ، فلذلك كان خصما فى إثبات اسمه ونسبه . وأما الميت فليس بينه وبين المطلوب حق ولا طُلبة ، فلا يكون المطلوب خصما فى إثبات نسبه وهو ميت . وأما إذا كان حياً فللمطلوب أن يبين للقاضى أن فلاناً هو على // [ل ١٣٥ أ] اسمه ونسبه ويسقط عن نفسه الخصومة . ولا يشبه كونه حياً كونه ميتاً فى قبول بينة المطلوب على اسمه ونسبه ، [٣] قال رحمه

---

520 (١) ف : الخصم .

521 (١) ل : الضيعة . (٢) ف : كالطالب .

الله[٢] ، من قِبل أنه إذا كان ميتاً فيجوز أن يكون فى إثبات نسبه سقوط الخصومة ، ويجوز أن لا يكون فى ذلك سقوط الخصومة ، إذ قد يجوز أن يكون موته قبل أن كتب القاضى الكتاب ، وإذا كان كذلك لم يكن فى إثبات نسبه إسقاط الخصومة لأن الخصومة لا تسقط إلا أن يُعلمَ أن القاضى كتب الكتاب وهنـــاك مَن يوافق اسمه اسم المطلوب . فأما إذا لم يكن هناك مَن يوافق اسمه اسم المطلوب وإنما كان قبل ذلك وقد مات لم تسقط الخصومة ، لأن الكتاب وقع على خصم معلوم فى حال الكتابة. فإذا كان كذلك ولم يكن فى إثبات المطلوب نَسَـبَ مَن يوافق نسبَه إسقاط الخصومة على كل وجه ، لم يكن خصما فى إثبات اسمه ونسبه . وأما إذا كان حياً فإن فى إثبات اسم مَن يوافق اسمه اسقاطَ الخصومة على كل وجه ، لأن فيه إثبات اسم آخر على اسم المطلوب فى حال كتابة القاضى الكتاب . وفى إثبات هذا إسقاط الخصومة لأن المكتوب فيه يكون مجهولا ، فلذلك قبلنـا بينته على اسم من يوافق اسمه لو كان حياً ولم نقبلها إذا كان ميتاً .

522 قال : { ولا أنظر فى حال من قد مات إلا أن يكون موته بعد تاريخ شهادة الشهود بالحق الذى فى كتاب القاضى . وإن كان موته بعد التاريخ نظرت فيما جاء به الكتاب ، وأبطلت الكتاب حتى يُنسب الحق إلى شىء أعرف أنه هو ، وإن كان ذلك الرجل الذى على هذا الاسم والنسب قد مات قبل ذلك بزمان[١] ودهر أنفذت الكتاب على هذا الحى } . وذلك لأن موته إذا كان بعد تاريخ الشهادة على ما فى الكتاب فإن كتاب القاضى وقع وهناك من يوافق اسمه اسم المطلوب ، فلا يدرى هل المذكور فى الكتاب هو الميت أو هذا الباقى إذ كانا جميعاً موجودين فى حال كتبه الكتاب . فلذلك لم تقبل الشهادة على ما فى الكتاب إذا كانت الصورة كذلك . وأما إذا كان المسمى باسم

---

(٢) ساقط من ل .

522 (١) ل : بيومين .

المطلوب ميتاً فى حال ما كتب القاضى الكتاب ، فإنا نعلم أن // [ف ١١٤ أ] المراد بالمذكور فى الكتاب هو الموجود فى حال كتبة الكتاب وهو // [ل ١٣٥ ب] المطلوب الذى ادّعى المدعى الحق عليه . فلذلك قبلت بيّنته على ما فى الكتاب على هذا المطلوب ها هنا ، ولم تُقبل فى الفصل الأول .

523 قال : { ولو كان الكتاب على فلان بن فلان البصرىّ أو التميمى أو الهمذانى لا يقع به تعريف فلا يُقبل منه [1] حتى ينسب إلى الفخذ } لأن نسبته إلى البصرة وتميم وهمذان لا يقع به تعريف ، فلا يقبل منه ذلك[1] .

524 قال : { ولو قال المطلوب : فلان بن فلان الفلانى أنا ، وليس لهذا علىّ شىء ، لم أقبل ذلك منه ويكون هو الخصم دون غيره } لأنه قد اعترف أن الذى كتب فيه القاضى هو هو وقد أُقيمت البينة على كونه مطلوباً عند القاضى الذى كتب ، فلا يخرج[1] من الخصومة بإنكاره أنه ليس على شىء .

525 { وإن قال : لست أنا فلان بن فلان الفلانى ، والقاضى المكتوب إليه لا يعرفه ، فإن على الطالب أن يقيم البينة على اسمه ونسبه أنه هو المذكور فى كتاب القاضى } ، لأنه خصم فى إثبات الخصومة عليه ولا تثبت الخصومة عليه إلا بإثبات اسمه ونسبه موافقاً لما كتب القاضى .

526 قال : { ولو أن القاضى لم يأته كتاب القاضى ولكن أتته رسالة من القاضى مع رجل بمثل ما يكون فى الكتاب ، وأشهد على ذلك شاهدين ، لم يقبل القاضى هذه الرسالة } . قال الشيخ ، رحمه الله : لأن الرسول لا يمكنه أن يعبّر عن المرسِل إلا على وجه الحكاية والرسالة ، ولا يكون ذلك على

---

523 (١) ساقط من ل .

524 (١) ل : يجرى .

وجه الخطاب . وخطاب القاضى إذا لم يكن على وجه الخطاب لم يُقبل . كذلك الرسالة إذا لم تقع إلا[1] على وجه الحكاية – والرسالة دون الخطاب – لم تُقبل . أو لا ترى أن خطاب الكتاب يكون : من زيد بن عبد الله بن خالد قاضى بغداد ، أما بعدُ فإن فلان بن فلان الفلانى – يعنى المدّعى – ادعى على فلان بن فلان الفلانى – يعنى المطلوب – كذا وكذا درهماً ، وقد أقام على ذلك بينة عندى ، وهم عدول ، وسمعتُ شهادتهم وحكمت بالمال[1] وسألنى[2] كتاباً إليك أن تُحضر خصمه فلان بن فلان الفلانى وتحكم عليه بما يوجبه الحكم ، أو نحو ذلك على ما يوجبه الحكم . فيكون المكتوب فى الكتاب كلُّه خطاباً من الكاتب إلى المكتوب إليه . وليس كذلك الرسالة ، لأن الرسول لا يقدر أن يقول : أما بعد ، فإن فلان ادّعى على فلان كذا وكذا درهماً ، وأقام عندى البينة وسمعت شهادتهم وعدّلتهم ، لأن هذا يكون إضافة إلى الرسول دون المرسِل . والرسول لم يسمع من الشهادة شيئاً[3] ولا عدّل الشهود ولا ارتفع إليه // [ل ١٣٦ أ] المدعى ، فكيف يضيف ذلك إلى نفسه وهو كاذب فيه ؟ فلا بد من أن يُضيفه // [ف ١١٤ ب] إلى القاضى . فإذا أضافه إلى القاضى لم يكن خطاباً وإنما يكون حكاية عنه ، كأنه قال : يقول القاضى فلان بن فلان كذا وكذا . والحكاية لا يجوز أن يُعمَل عليها كما لا يجوز أن يُعمل عليها فى الكتاب . فلذلك لا تُقبل الرسالة . وأيضاً فإنا قد جعلنا الأصل فى جواز الكتاب إلى القاضى الشهادة على الشهادة والشهادة على الشهادة لا تصح على وجه الحكاية . كذلك الرسالة إذا لم تقع [4]على وجه المخاطبة[4] لم تقبل .

527 قال : { وكذلك لو أن القاضيين التقيا فى عمل أحدهما أو فى مصر ليس من عملهما فقال له : قد ثبت عندى لفلان بن فلان الفلانى على فلان بن

---

526 (١) ساقط من ف . (٢) ف : وسأل منى .
(٣) ساقط من ف . (٤) ف : إلا على وجه الحكاية .

فلان الفلانى كذا وكذا ، فاعمل فى ذلك بما يحق لله تعالى عليك ، لم يقبل ذلك منه ولم يُنفذه } من قِبل أن قضاء هذا لا ينفذ فى عمل القاضى المكتوب إليه فقوله أيضاً غير مقبول على غيره . وليس هذا مثل الكتاب لأن الكتاب بمنزلة خطاب القاضى فى موضعه الذى ينفذ [فى] عمله وقوله هناك مقبول على المدّعى عليه ، كذلك كتابه يقبل على خطابه .

528 قال : { ولا ينبغى للقاضى أن يقبل الشهادة فى غير بلده الذى هو قاض عليه } ، لأن الشهادة لا يثبت لها حكم إلا من جهة القضاء ، فصار نفس الشهادة من الحكم ، فلا يجوز قبولها فى الموضع الذى لا يجوز حكمه فيه ، كما لا تجوز سائر أحكامه .

529 قال : { وإن عُزل القاضى الذى كتب الكتاب أو مات[١] بعد ما وصل الكتاب إلى القاضى المكتوب إليه وقرأ ما فيه أنفذه وأمضاه . ولو فسق أو عمى أو صار بحال لا يجوز حكمه [فيه] من ذهاب عقل[٢] بعد وصول الكتاب والقراءة لما فيه قبل إنفاذ القضاء ، فإن القاضى لا ينفذه } . والفرق بين العزل والموت وبين هذا أن العزل والموت ليس هو قدحاً فى القاضى فيخرجه من أهل[٣] القضاء . ألا ترى أن الشهود إذا ماتوا بعد الشهادة قبل الحكم لم تبطل الشهادة وأنفذ القضاء بها ، ولو فسقوا أو عموا أو صاروا إلى حال لا تجوز شهادتهم بطلت تلك الشهادة المسموعة ؟ وكذلك الكتاب إذا صار القاضى إلى حال لا يجوز قضاؤه بطل حكمه . وأما فى العزل والموت فإن حكم الكتاب باقٍ كما يبقى حكم الشهادة مع موت الشاهد . وقول أبى // [ل ١٣٦ ب] يوسف فى هذا كله مثل قول أبى حنيفة [٣]إلا فى العمى[٣] : قال أبو يوسف : إذا عمى القاضى لا يبطل حكم الكتاب الذى كتب ان كان

529 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .
(٣) ساقط من ل .

القاضى المكتوب إليه قد قرأه قبل ذلك . وكذا قال فى الشهادة : إن الشهود إذا كانوا أصحاء عند تحمل //[ف ١١٥ أ] الشهادة ثم عموا جاز أداء شهادتهم مع العمى . كذلك إذا عموا بعد سماع القاضى شهادتهم أنفذ القاضى تلك الشهادة . كذلك الكتاب إذا قرأه القاضى المكتوب إليه ثم عمى القاضى الذى كتب لم يبطل حكمه وينفذه .

530 فصل[١]

قال : { ولا يقبل كتاب عامل ولا قاضى رستاق ولا قرية ، إلا قاضى مصر من الأمصار أو مدينة فيها منبر وكتاب الخليفة } . والأصل فى هذا أنه لا يُقبل الكتاب إلا ممن[٢] يجوز له سماع الشهادة من الشهود ويجوز حكمه كما يجوز حكم القضاة ، لأن الكتاب يكون على جهة الحكم ، كما تكون[٣] الشهادة من جهة الحكم[٤] . فليس هذا كالشهادة على الشهادة ، لأن الإشهاد على شهادة الأصل تصح ، لأن الإشهاد لا يتعلق به حكم ، وإنما هو بمنزلة صاحب الحق إذا قال : اشهدوا أن فلاناً له قبلى كذا وكذا ، فلا يتعلق بموت[٥] هذا بالقضاء ، كذلك الإشهاد . وأما الكتاب فلا يثبت حكمه إلا من جهة الحكم كنفس سماع الشهادة على الحق . فلذلك افترقا . فإذا ثبت أن الكتاب يثبت حكمه من جهة القضاء لم يقبل إلا ممن يجوز قضاؤه ، كما لا يثبت حكم سماع الشهادة إلا ممن يجوز قضاؤه فى موضع السماع . والعامل وقاضى رستاق أو قرية لا يجوز قضاؤه ، لأن الأحكام التى تتعلق بالقضاء من صحة العقود وفسخها ، ومن إثبات حقوق بنى آدم بعضهم لبعض ، ومن

---

530 (١) ساقط من ل .   (٢) ب : من .

(٣) ف ، ج : تجوز .

(٤) يوجد هنا كلمة تصعب قراءتها . فى ل : بيبت . وفى ف : سلب . وفى ج : بينة .

(٥) هكذا فى الأصل .

الحدود وغير ذلك لا يُقام إلا عند قضاة الأمصار . فلذلك لم يُقبل الكتاب إلا منهم . وأما الخليفة ووالى المصر فإنه يملك الأحكام ، فلذلك جاز كتابه إلى القضاة .

531 قال(١) : { وإن كتب القاضى إلى الأمير الذى استعمله وهو معه فى المصر : أصلح الله الأمير ، ثم قص(٢) القصة وبعث بها مع ثقة ، ولم يُشهد على الكتاب فإن محمد بن الحسن قال : استحسن أن ينفذه ، وإن كان فى مصر آخر لم ينفذه حتى يكتب اسم الأمير واسم أبيه واسم القاضى واسم أبيه } . أما ترك التسمية فإنه لم يكن هناك غير الأمير المكتوب إليه وغير القاضى الذى كتب ، فالتعريف يقع بقوله : الأمير ، والقاضى . فلا يُحتاج إلى ذكر الاسم والنسب استحساناً . وأما فى بلد آخر فإن القاضى الذى يكتب لا يكون معروفا // [ل ١٣٧ أ] بقوله : القاضى . ولا الأمير المكتوب إليه يُعرَف أنه هو المراد بالكتاب إذ ليس يختصّ هذا الأمير بالكتاب إليه دون غيره من سائر الأمراء أو القاضى الذى كتب إليه يختص بالكتاب منه دون سائر القضاة . فلا يقع به تعريف حتى ينسب القاضى // [ف ١١٥ ب] الأمير إلى البلدة (٣ التى هو واليها وينسب نفسه إلى البلدة التى هو قاضيها ٣) أو ما يقوم مقامه مما يقع به التعريف . وأما ترك الإشهاد عليه فهو استحسان أيضاً ، والقياس أنه لا يُقبَل كما لا تُقبل الشهادة على الشهادة إلا بشهادة شاهدين . ووجه الاستحسان عمل السلف من وقت(٤) النبى عليه السلام إلى يومنا هذا . كان الخلفاء يكتبون إلى القضاة ، وعمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يكتب إلى أبى موسى وشريح(٥) ولم يكن يُشهد على الكتاب لزوال

---

531 (١) ساقط من ل . (٢) ف ، ج : اقتص .

(٣) ل : التى هما والبيان فيه . (٤) ل : لدن .

(٥) أى أبى موسى الأشعرى المتوفى سنة ٤٤ هـ ، وشريح القاضى المتوفى سنة ٧٨ هـ .

التهمة والافتعال[٦] عنه . كذلك ها هنا . إذا كان الأمير أمير مصره الذى فيها القاضى استحسن أن يجيزه لزوال التهمة والإفتعال عنه .

532 قال : { ولو انكسر خاتم القاضى الذى على الكتاب وعليه خواتيم الشهود فإن القاضى يقبله } من قبل أن الختم لا يتعلق به حكم إذ الاشهاد إنما يقع على ما فى الكتاب ، وإنما يُختم احترازاً من الافتعال وتوثقةً لما فى الكتاب .

قال : { وكذلك لو كان الكتاب منشوراً فى أسفله خاتم فإن القاضى يقبله إذا شهدت الشهود عليه وأنه قرأه عليهم } لأن الشهادة قد وقعت على ما فى الكتاب ، فوجد الختم فى أسفله أو فى أوله وعدمه سواء فى باب إنفاذ الحكم . وذكر الخصاف أن هذا قول أبى يوسف ، وليس ينبغى أن يكون قوله وحده ، اللهم إلا أن يريد به أن الشهود لم يشهدوا على ما فى الكتاب وإنما شهدوا على عين الكتاب أنه من القاضى الذى كتب إلى هذا القاضى . فإن كان مراده هذا فهو صحيح وهو قول أبى يوسف وحده . إلا أن الظاهر يمنع حمله على هذا الوجه ، لأنه قد شهدت الشهود عليه وأنه قرأه عليهم ، فقد شهدوا على ما فى الكتاب ، فلا معنى لتخصيصه بقول أبى يوسف دون غيره .

533 قال : { ولو أن المطلوب طعن عند القاضى فى القاضى الذى كتب الكتاب أو فى الشهود الذين شهدوا عليه بالحق عند القاضى الذى كتب الكتاب وقال القاضى : أنا آتيك بما أوضح[١] هذا // [ل ١٣٧ ب] عندك أو قال له : سلْ عن ذلك فإنك تجده على ما قلت لك ، وقال فيهم ما يسقط عدالتهم ، فإن جاء بشهود فشهدوا أن الشهود الذين شهدوا عند القاضى عليه

---

(٦) ل : الأفعال .

533 (١) ل : أواضح .

بالحق عبيد أو محدودون فى قذف أو من أهل الذمة ، أو أقام على رجل منهم ذلك — يعنى من الشهود أو من القاضى — فإن فى هذا شبهة[٢] . قال الشيخ : وهذا قد سقط عنه الجواب ، ويريد به أن الشهادة على هذا تُقبل ولا يُحكم على // [ف ١١٦ أ] المطلوب بهذا الكتاب لأنه قد أتى بما يوجب بطلان شهادة الشهود الذين شهدوا عليه بالحق إن كان الطعن فى الشهود ، وإن كان فى القاضى فقد ثبت أنه ليس من أهل القضاء ، فلا يجوز قبول كتابه . [٣] والله أعلم بالصواب[٣] .

534 باب الرجل الذى يريد أن يثبت وصية

قال[١] أبو بكر [١] الخصاف : { وقال أبو حنيفة : لو أن رجلا شهد على صك لم يقرأه ولم يُقرأ عليه ، أو على وصية لم يقرأها ولم تُقرأ عليه ، أو على كتاب قاض مختوم لم يقرأه ولم يُقرأ عليه ، فإن ذلك لا يجوز . وقال أبو يوسف : أما كتاب القاضى فجائز } . وقد بينا وجه قول أبى حنيفة ومحمد[٢] فيما تقدم [٣] أن الشهادة على الكتاب لا تصح حتى يشهدوا على ما فى بطن الكتاب وهو القياس ، أيضاً لأن الشهادة على المجاهيل غير جائزة عند الجميع . واستدللنا على صحة مذهب أبى حنيفة بما ذكرنا من الصك والوصية لأن هذا لم يختلفوا فى بطلان الشهادة إذا لم تقع على ما فى بطن الكتاب . والمعنى فى ذلك أنها واقعة على مجهول . وقد قلنا إن[٣] أبا يوسف فرق بين كتاب القاضى وبين الصك إذا كان الصك على وجه الحكاية . فأما إذا كان على وجه

---

(٢) ف ، ج : سبه . ومزيد هنا فى ف ، ج : كذا كان فى الأصل الذى درس فيه على الشيخ ثم ذكر الشيخ أنه قد سقط عنه الجواب .

(٣) فى ل فقط .

534 (١) فى ف ، ج فقط . (٢) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ل .

الخطاب والرسالة فهو مثل كتاب القاضى . وبينا الفرق بين ما يكون على وجه الحكاية وبين ما يكون على وجه الخطاب على قوله إن الخطاب يتعلق به وجوب الحق ، والحكاية لا يتعلق بها شىء . قال أبو يوسف : ألا ترى أن القاضى يجيز كتاب الخليفة بغير بينة وأن الخليفة يجيز كتاب القاضى إليه ؟ وكذلك كتاب القضاة بغير بينة . وهذا قولهم جميعاً وهو استحسان .[٤] فيكون الكتاب مفارقاً للصك والوصية [٤] لأنه قد يقبل بغير بينة . وكذلك إذا شهدت الشهود على عين الكتاب ، فإنه يجب أن يُقبَل وإن لم يشهدوا على ما فى بطنه ، إلا أن هذا سائغ فيما يشترط فيه الشهادة . فأما الكتاب الذى يشترط فى صحة قبوله الشهادة فقد جرى مجرى سائر الحقوق فى أنه لا يثبت إلا بشهادة شاهدين [و]وجب أن يجرى مجرى سائر الحقوق فى أن الشهادة لا تصحّ // [ل ١٣٨ أ] إلا على معلوم وأما كتاب الخليفه وكتب القضاة إلى الخليفة فإنما قُبلت بغير بينة استحساناً ، لما روى عن السلف أنهم كانوا يقبلونها بغير بينة . روى ذلك عن عمر وعلى وغيرهما من الصحابة والتابعين . ولأن كتب الخليفة إلى القضاة وكتب القضاة //[ف ١١٦ ب] إليه أنفى[٥] للتهمة والافتعال من كتب القضاة بعضهم إلى بعض ، لأنه ليس كل أحد يُحسن أن يفتعل على الخليفه . فلذلك قُبلت بغير بينة . وأما كتب القضاة بعضهم إلى بعض فلا يجوز أن تُقبَل بغير بينة لأنها لو قُبلت بغير بينة لا نفتح علينا من الافتعال والخداع ما يوجب رفع الأحكام . وهذا لا يجوز .

535 قال : { وقال أبو حنيفة : وإن كتب الصكّ والوصية بخطه قدّام الشهود فإن الشهود يسعهم أن يشهدوا على ذلك إذ قال لهم : اشهدوا عليه وقد عُرف ما كُتب . وكذلك قال أبو يوسف } لأن المكتوب فى الكتاب لا يخلو من أن يكون على وجه الخطاب أو الحكاية . فإن كان على وجه

---

(٤) ف : وبين أبو يوسف بهذا أن الكتاب لا يجرى مجرى الصك والوصية .
(٥) ل : أبعد من .

الخطاب[١] فإذا قال : اشهدوا عليّ بهذا ، فكأنه خاطب بذلك وقال: اشهدوا عليّ . فجاز لهم أن يشهدوا عليه بذلك وإن كان على وجه الحكاية فإن الحكاية وإن لم يتعلق بنفس الحكاية شيء ، فإن قول اشهدوا عليّ بهذا قد لزمه بالحق . فجاز لهم أن يشهدوا عليه بذلك . [٢] ألا ترى [٢] أن زيداً لو حكى عن عمرو أنه قال لعبد الله : عليّ ألف درهم ، وعمرو حاضر ، فقال عمرو : اشهدوا عليّ بهذا الذى[٣] قال ،كانت الألف لازمة له وإن كانت حكاية زيد لم يتعلق بها وجوب شيء على عمرو ؟ وكذلك ما ذكرنا مثله . وهذا إذا كان الشهود قد عرفوا ما فى الكتاب ، فأما إذا كانوا أميين لا يقرأون وكتب الوصية أو الصكّ بحضرتهم ثم قال : اشهدوا عليّ بما فى هذه الوصية ، أو بما فى هذا الصك ، لم يسعهم أن يشهدوا على ذلك لأنهم لا يدرون ما فى الكتاب . فقوله : اشهدوا عليّ بما فى هذا الكتاب لا يوجب علمهم بما فيه ، ولا يخرجه ذلك من أن تكون الشهادة واقعة على مجهول فلا تجوز .

536 مسألة[١]

{ وإذا تقدم الرجل إلى القاضى فادعى عنده أن رجلا أوصى إليه، وذكر أن له البينة على ذلك وأراد إثبات الوصية فإن القاضى//[ل١٣٨ ب] لا يسمع من شهوده إلا بمحضر من الخصم، والخصم فى ذلك الوارث، أو رجل للميت قِبله حق أو رجل له قِبل الميت حق، أو رجل أوصى له الميت بوصية. فإن حضر واحد من هؤلاء سمع من شهوده بحضرته وأنفذها له إن كان الشهود عدولا . وإن لم يكن القاضى يعرفهم ، فإذا عُدّلوا أنفذ له الوصية إن كان موضعاً لها } . والأصل فى هذا أن الشهادة لا تقبل إلا على خصم ، والموصى[له][٢] ها هنا مدّع

---

535 (١) ل : الحكاية . (٢) ساقط من ل .
(٣) ل : الدين .

536 (١) ف : فصل .
(٢) ف : الوصى وكل الجملة ساقطة من ج .

إثبات الوصية . فإن كان هناك خصم[٣] قبلت بينته — والوارث خصم // [ف ١١٧ أ] عن الميت فى إثبات الوصية ونفيها — لجاز أن تقبل بينة الوصى[٤] عليه .

وكذلك الرجل الذى عليه حق للميت لأن الوصى يدعى عليه حق قبض الدين منه بوصية الميت ، فصار خصما فى قبول البينة عليه . وكذلك الرجل الذى له حق على الميت يكون خصما لأنه لو أنكر الوصى وصيته كان الطالب خصما فى إثبات وصيته . وكذلك لو أنكر الطالب وادعى الوصى الوصية كان الطالب خصما (٭ مع الوصى لأن الوصى يدعى أنه هو المتصرف فى مال الميت٭) . وكذلك الموصى له يكون خصما لأن الوصى يدعى أنه هو المتصرف فى مال الميت ، وأن الموصى له لا يستحق أخذ شيء من مال الميت الا من حيث يثبت عنده واستحقه ببينة ، فيكون خصما فى ذلك . فقد ثبت بهذا أن الذى عليه حق للميت والذى له حق على الميت والموصى له والوارث خصم فى قبول البينة على وصية الموصى . فإن أقام الوصى البينة على دعواه ثبتت الوصية . فإن كان عدلا أنفذها القاضى ، وإن كان متهماً لم يوضح[٦] له — يعنى لم يظهر الخيانة — جعل القاضى معه رجلا ثقة مأموناً يكون أمرهما واحدا لأنه لم يثبت معنى يوجب إخراجه من الوصية بنفس التهمة ما لم تظهر الخيانة . فيضم إليه رجلا ليكون أحوط لمال الميت .

537 مسـألة

قال : [وإذا أثبت الوصى وصية وفيها إقرار من الميت بديون لاناس

---

(٣) ل : حكم .
(٤) كذا فى الأصل ، والوصى هنا بمعنى الموصى له .
(٥) ساقط من ل .
(٦) كذا فى ل . وفى ف ، ج : ينصح .

شتى ووصايا لقوم بأشياء مختلفة ووصايا فى أبواب[١] البر ، وحضر بعض الغرماء أو الموصى لهم ، [٢] فثبت ذلك[٢] ، فحكم له بحقه ، أو حكم الحاكم للوصى بأنه وصى ، فإن أبا حنيفة قال : كلما حضر واحد من الغرماء والموصى لهم قيل له : أعد البينة وخذ حقك ، إلا ما كان فى أبواب البر فإن //[ل ١٣٩ أ] القاضى ينفذ ذلك . وقال أبو يوسف : لا أكلف أحداً منهم إعادة الشهود ، كلما حضر واحد منهم قضيت له بحقه ، فإن جهل معرفة الذى قدم يسأل البينة على المعرفة والاسم والنسب والقبيلة ، فإذا صح ذلك وكان موافقاً لما فى الوصية من اسمه ونسبه وقبيلته فإن أقر له بدين أعطاه ذلك بعد أن يحلفه وإن كان موصى له أعطاه وصية من الثلث } . والأصل فى هذا أن الحق إذا كان لواحد فإن إثبات الوصية لهذا الحاضر إثبات الوصية لسائرهم ، وإذا كان الحق [٣] لغير واحد[٣] لم تثبت الوصية إلا للحاضر عند أبى حنيفة . //[ف ١١٧ ب] وذلك لأن الحق إذا كان لواحد ، مثل أن يكون صدقة على فقراء بنى فلان وسائر أبواب البر فإن الحق لله تعالى فى ذلك ، فواحد من المدعين لإثباته خصم عن الباقين ، بدلالة إقامة حقوق الله تعالى : إن كل من أقام بها كان خصما فى ذلك . فإذا أقامها صار كأن جميع الناس أقاموها . كذلك ما ذكرنا وكما قلنا فى إثبات دين الميت وسائر حقوقه ، إذا أقام به أحد الورثة كان صحيحاً ويكون خصما عن الباقين ، لأن الحق يثبت للميت أولا فواحد من الورثة يقوم مقامه . وأما إذا كان لغير[٤] واحد مثل الديون والوصايا وغير ذلك من الحقوق فإن ثبوت حق الحاضر لا يوجب ثبوت حق الغائب ، لأن الحاضر لم يكن خصما عن الغائب [٥] لأنه ليس بوكيل له ولا الحق الذى يثبته هو ما يثبت للغائب[٥] ، بل حق كل واحد منهما منفصل عن حق

---

537 (١) ل : أصحاب . (٢) ساقط من ف .
(٣) ف : ليس لواحد . (٤) ل : لأكثر من .
(٥) ساقط من ف .

صاحبه ، فلا يكون أحدهما خصما عن الآخر ، فلا يثبت حق الغائب بثبوت حق الحاضر . فلذلك وجب على كل من حضر أن يقيم البينة على دعواه عنده . وأما أبو يوسف فإنه شبّهه بالوارث إذا أثبت حق نفسه كان حق سائر الورثة ثابتاً أيضاً ، ولا يلزمهم إعادة البينة . وقد بينا الفصل بين الوارث وبين مسألتنا على قول أبي حنيفة لأن الوارث إنما ثبت الحق للواحد وهو الميت فأحد الورثة يقوم مقام الباقين . وها هنا الحاضر لا يثبت حقه وحق الغائب //[ل ١١٩ ب] لواحد بل حقه غير حق الغائب ، فلا يكون في إثبات حقه إثبات حق الغائب إذ لم يكن خصما عنه كما بينا . فلذلك افترقا .

538 قال : { ولو أن رجلا تقدم إلى القاضي فقال : فلان بن فلان مات وأوصى إليّ في جميع تركاته ، وله على هذا الرجل الذي حضر معي ألف درهم دين ، أو له في يديه وديعة ألف درهم ، أو في يديه غصب ألف درهم ، أو[1] ادّعى للميت قِبل هذا الرجل حقاً من الحقوق ، فقال المدعى عليه : صدق هذا أوصى إليه فلان على ما قال ، ولفلان قِبلي هذا الحق الذي ادعاه له هذا الوصي ، وقد مات فلان وهذا وصيّه ، فإن القاضي لا يأمر هذا المدعى عليه بدفع ما عليه من الدين إلى هذا المدعي الوصيةَ ولا غيره ، ولكن يقول المدعي الوصية : أقِم البينة على وصية هذا الميت إليك } .

539 قال الشيخ: وفرّقوا بين الوصية على هذا الوجه وبين الوكالة لأن[1] المدعى عليه إذا أقر بأن هذا وكيل للغائب يقبض ما له عليّ فإن القاضي يأمره بتسليم الدين إليه ، وها هنا لا يأمر بذلك . والفرق بينهما أن تصرف القاضي جائز// [ل ١١٨ أ] على الميت فلو أمر المدعى عليه بتسليم الدين إلى المدعي الوصية لبرىء المدعى عليه من الدين ، لأن تصرف القاضي جائز على الميت ، فيصير كأن الميت

---

538 (١) ف ، ج : إذا .

539 (١) ف : ولأن .

أمره بذلك . وإذا كان فى ذلك براءة المدعى عليه لم يكن[٢] للقاضى أن يصدّقه فى ذلك بلا بينة ، لأن فيه إبطال حق الميت ، لأنه لو لم يثبت وصية الوصىّ لم يكن للميت على المدعى عليه شيء بعدما سلّم المال إلى المدعى الوصية بأمر القاضى . فإذا كان فى ذلك إبطال حق الميت لم يصدّق القاضى الوصى والمدعى عليه على الوصية حتى يقيم الوصى البينة على ذلك احتياطاً لمال الميت . وليس كذلك وكيل الغائب لأن تصرف القاضى غير جائز على الغائب ، فأمْره المدعى عليه بتسليم ما أقر به إلى الوكيل لا يبرىء المدعى عليه من حق الغائب [٣]بل حقه باق كما كان ، متى أراد طالبه به[٣] . فإذا لم يكن فى ذلك إبطال حق الغائب صدّق المدعى عليه على نفسه دون الغائب ، وأمره بتسليم ما أقر به إلى الوكيل ، لأن إقرار الإنسان جائز على نفسه [٣] غير جائز على غيره[٣] .

540 قال : { وإن أثبت// [ل ١٤٠ أ] الوصى وصيته عند القاضى وأراد منه إنفاذها ، فإن القاضى يسأل عنه ، فإن عدّله أنفذ الوصية ، وإن لم يُحمد ولم يكن موضعاً للوصية لم ينفذها } ، من قِبل أنه لو كان ثقة فللقاضى أن ينصبه لو لم يكن الميت أوصى إليه ، فإذا أثبت أن الميت أوصى إليه [١] كان أحرى أن يجوز[١] . وأما إذا كان غير ثقة فإن للقاضى أن يخرجه من الوصية لو كانت وصيته محكوماً بها ويقيم غيره مكانه . فإذا لم يكن قد حكم بها فهو أحرى أن لا ينصبه وصياً . وأيضاً فإن كل معنى يحتاج إلى إسقاطه من حيث يُثبته فإنه لا يجوز إثباته أصلا . ألا ترى أنهم قالوا فى رجل زوّج أمته من عبده أنه لا يثبت على عبده مهرها ؟ لأنّا نحتاج أن نسقطه من حيث نثبته لأن الرجل لا يثبت له على عبده دين ، فيبطل من حيث يثبت ، فلم يُثبته أصلا . كذلك

---

(٢) ف : يجز .

(٣) ساقط من ف .

540 (١) ف . كان أحق للإنفاذ .

ما ذكرنا ، لا يحكم له بالوصية أصلا لأنا نحتاج أن نخرجه من الوصية إذا كان غير ثقة . فلا معنى لإنفاذها .

541 قال : { وقال أبو يوسف : إذا جعل القاضي وصياً للأيتام يقوم مقام وصي أبيهم فهو بمنزلة وصي الأب } ، لأن تصرف القاضي جائز على الميت ، فله أن يقيم الوصيّ مقام الميت بجواز تصرفه عليه بدلالة أنه لما كان تصرفه جائزاً على ابنه الصغير كان له أن يقيم غيره (1) مقام أبيه(1) . كذلك القاضي في وصيّ الميت .

542 فصـــل

قال : { وإن كان جعله وصياً في شيء يشتريه لهم ويحفظه عليهم فليس له أن يعدو ذلك إلى غيره } . وهو بمنزلة وكيل الأب . ولا يشبه هذا وصيّ //[ف ١١٨ ب] الأب : إذا أوصى له في شيء بعينه كان (1) وصياً في جميع التركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وذلك أن القاضي إنما ينصب(1) وصياً في ذلك الشيء بعينه من جهة الحكم ، فلا يجوز أن يتعداه إلى غيره بدلالة أنه لو حكم في وصيّ الأب بأن لا يتعدى إلى غير ما أوصى إليه بعينه كان قضاؤه عليه جائزاً ، ولم يجز له أن يتعداه إلى غيره عند الجميع ، لأن ذلك من جهة الحكم يثبت ، فلا يجوز أن يُفسخ ويتعداه إلى غيره . كذلك ما ذكرنا: تثبيت وصيته من جهة الحكم فلا يجوز فسخها بتعدّيه إلى ما أوصى إليه . وأما وصيّ الأب الذي لم يحكم القاضي عليه بشيء فإنما تقع الوصية في جميع التركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن وصيته تثبت من جهة الولاية ، لأنه(2) يتصرّف مع انقطاع ولاية الميت ، فليس //[ل ١٤٠ ب] يتصرّف من جهة الأمر .

---

541 (1) ل : مقامه .

542 (1) ساقط من ل . (2) ل : لا .

فلا يكون التصرف مقصوراً على ما أوصى إليه بدلالة تصرف الجد : لمـّا كان تصرفه من جهة الولاية لم يختص بشيء دون شيء . كذلك هـذا . وأما الوكيل فتصرّفه من جهـة الآمر . ألا ترى أنه يبطل مع بطلان أمر الآمِر بالموت أو غير ذلك ؟ فلا يجوز أن يتعدى غير المأمور به .

543 فصـــل

قال : [وإذا أوصى الميت إلى رجل فقال القاضى للوصىّ : قد أشركت معك فلاناً فى الوصية ، فهو بمنزلة وصى الأب] ، يعنى إن تصرفه يكون عاماً فى جميع التركة .

قال الشيخ : هـــذا إذا اتهم الأول . فأما إذا كان الأول ثقة مأموناً فلا ينبغى أن يضم إليه غيره ، اللهم إلا أن يرى القاضى أن يكون ذلك أحفظ لمال اليتيم ، فله أن يفعل ذلك احتياطاً .

544 قال : [وإن جعل القـاضى وصياً للأيتام فحضره الموت فأوصى إلى رجل ، فوصيـّه يقوم مقام وصى الميت] ، لأنا قد بينا فيما سلف أن الوصىّ من جهة القاضى بمنزلة وصىّ الأب ، ولوصىّ الأب أن يوصى إلى (١ غيره عند موته . كذلك وصىّ القاضى . وإنما قلنا إن للوصىّ أن يوصى إلى غيره١) لأن تصرفه جائز مع انقطاع ولاية الموصى ، فصار مثل تصرف الجد بعد موت الأب(٢) . والمعنى (٣ الجامع بينهما٣) جواز التصرف لكل واحد منهما مع انقطاع ولاية مَن ثبت تصرفه من جهته ، فإذا كان للجدّ أن يوصى إلى غيره عند موته إذا لم يكن هناك وصى للأب ، كذلك لهذا أن يوصى إلى غيره . وهذا الوجه مدخول عليه لأنّ الوصى لا يجرى فى هذا الباب مجرى الجد

---

544 (١) ساقط من ل . (٢) ف : الإبن .

(٣) ساقط من ل .

إلا أنه يمكن أن يجاب بأن هذا فرق فى وجه آخر ، فليس يمنع صحة الجمع // [ف ١١٩ أ] بينهما من الوجه الذى جمعنا . (٤) والذى قال الشيخ فى هذا إن تصرف الوصى من جهة الولاية بدلالة جواز تصرفه مع موت الموصى وبطلان أمره ، فصار مثل الأب . فلما جاز للأب أن يوصى كذلك هذا . والمعنى الجامع بينهما أن تصرف كل واحد منهما من جهة الولاية ، وليس هذا كالوكيل: إنه لا يجوز له أن يوكل غيره لأن تصرفه من جهة الأمر ، فلا يتعدى المأمور به . قال رحمه الله : وإنما اتفقوا على أن للوصى أن يوكل فى حال حياته وإن لم يقل له الميت ذلك . فلو كان الوصى كالوكيل ما جاز له أن يوكل غيره كما ليس للوكيل أن يوكل غيره . فإذا كان كذلك ثبت أن تصرفه من غير جهة الأمر وإنما هو من جهة الولاية ، فيكون عاماً شاملا فى جميع التركة ما كان للموصى أن يفعله (٤) .

545 مسألة

قال : { وإذا توفيت المرأة ولها أولاد صغار وزوج ، وهو أبو أولادها وتركت ميراثاً من عقار وغيره وأوصت إلى رجل ، وعليها ديون لأناس شتى ووصايا فى أبواب البر وغيرها ، فلوصى المرأة أن ينفذ وصاياها ويقضى ديونها من التركة ببيع أو غير ذلك . وليس له أن يتصرف بعد ذلك فيما حصل للأولاد الصغار ويكون الأب هو المتصرف فى ذلك } . والأصل فى هذا أن الوصى يقوم مقام الموصى فيكون تصرفه مقصوراً على ما كان يملكه الموصى. فإذا كان كذلك فله أن يقضى دين المرأة وينفذ وصاياها كما كان له أن يقضى دينها وينفذ وصاياها من مالها. وليس له أن يتصرف فيما حصل للصغير كما يكون للأم أن يتصرف فى مال الصغير ، والأب هو الذى يتصرف فى ماله .

---

(٤) ساقط من ل .

قال الشيخ : ووصى الأم ووصى العم ووصى الأخ ووصى// [ل ١٤١ أ] (١ الأب على الكبير الغائب تصرفهم مقصور على ما يكون فيه حفظ ١) لمال الميت ، لأنه يجوز أن يظهر عليه دين فيحتاج أن يؤدى من تركته ، فيكون الخصم فى ذلك هو الوصى ، فإذا كان كذلك كان الأوصياء فى هذا كله أن يتصرفوا فيما يكون حفظ لمال الميت . فجاز لهم بيع ما دون العقار لأنه أمكن للحفظ ، وليس لهم بيع العقار لأنه محفوظ بنفسه ، فلا يكون فى بيعه حفظ لمال الميت . وكذلك تصرف الوصيين على هذا الوجه . ألا ترى أن تصرف (٢ الأم والأخ والعم٢) لا يجوز على الصغير إلا فيما يكون حفظ لماله . كذلك تصرف أوصيائهم مقصور على هذا . وكذلك تصرف الأب على الكبير الغائب لا يجوز على هذا الوجه . كذلك تصرف وصيه . ولهم أن يشتروا // [ف ١١٩ ب] للصغير بماله ما لابد له منه استحساناً ، كما كان الأم والأخ أن يشترى للصغير ما لابد له منه . كذلك الوصى .

قال الشيخ : وليس له أن يشترى شيئاً للصغير ما لابد له منه أيضاً من مال الصغير ولم يملكه من جهة الموصى ، لأن ذلك المال لم يكن للميت فلا يتعلق به حفظ المال .

546 مسألة

قال : [ولو أن رجلا حضر القاضى ومعه رجل وادّعى أن رجلا أوصى إليه ومات ، وأن له على هذا الذى معه أربعة آلاف(١) درهم دين ، وقال للقاضى : سله عن دعواى ، فإن القاضى لا يسأله عن الوصية إلى هذا المدعى ولكنه يسأله عن موت الرجل . فإن قال : قد مات ، سأله عن المال الذى

---

545 (١) ساقط من ل . (٢) ف : الأم للأخ والعم .

546 (١) فى الأصل : ألف .

ادّعاه للميت عليه . فإن أقر بذلك أمر المدعى الوصية أن يقيم البينة على وصيته } . وذلك لما بينا أن الوصى لا يكون خصما فى قبض دين الميت حتى تثبت الوصية عند القاضى بشهادة شاهدين كذلك ها هنا ، لم تثبت وصيته فيسأل المطلوب حتى يقرّ بالموت أولا ، لأنه إن لم يقر بالموت لم يكن الوصى خصما بحال . ولا سبيل لأحد عليه غير الطالب . وإن أقر بالموت كان الخصم هو الموصى إليه إذا ثبتت الوصية . فلذلك قلنا : إنه يسأل عن موت الموصى أولا ثم يسأل عن الدين : عليه أم لا ، لأنه إن لم يقر بالدين لم يلزمه شيء . وإن ثبتت الوصية للمدعى حينئذ يقيم البينة على ثبوت الدين . وإذا أقر كان له أن يطالبه به إذا أثبت الوصية ، فلذلك يسأل عن الدين ، فإذا أقر به حينئذ يقال للمدعى : أقم البينة على الوصية لما بيّنا أنه لا يكون خصما حتى تثبت الوصية .

547 قال : { وإن جحد موت الموصى ولم يكن للمدعى بينة على الوصية إليه ، فإن القاضى يقول للمدعى . أقم البينة على // [ل١٤١ب] موت الموصى } لأنه وإن(١) لم تثبت الوصية فإنه إذا ثبت الموت جاز للقاضى أن ينصبه وصياً للميت إذا رأى ذلك وكان موضعاً لها . وأما إذا لم يثبت الموت فليس له أن يجعله وصياً بوجه . فلذلك يقال له : أقم البينة على موت الموصى . فإذا أقام بينة على ذلك حينئذ يفعل القاضى ما يرى أنه أصوب عنده من نصب المدعى وصياً للميت أو غيره ليطالب بحقوق الميت ويجمع أمواله ، لأن القاضى منصوب ، لإيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم .

548 قال : { ويجوز تصرّف وصى الأب على الصغار فى العقار وغيره عندهم جميعاً بما لا يتغابن الناس فى مثله ، ولا يجوز فى أكثر مما يتغابن الناس } . والأصل فى هذا قول الله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا // [ف ١٢٠ أ] مَالَ

---

547 (١) ف : ان .

اليَـتِيمِ إلا بالـّتى هىَ أحْسَـنُ ﴾(١) ، (٢فنع قرب مال اليتيم إذا لم يكن خيراً له . فلذلك لم يجز تصرفه فيما يتغابن الناس فيه . وأيضاً(٢) . فإنه لا ولاية لأحد على الصغير فيما يكون فيه ضرر عليه . (٣ألا ترى أنه لا يجوز للأب ولا غيره أن يهب مال الصغير لـما يلحقه من الضرر(٣) ؟ (٤فثبت، أنه لا ولاية لأحد على الصغير فيما يُضَرّ به ، فصار كأنه تصرف فيه مَن لا ولاية له عليه مثل الأجنبى ، فلا يجوز تصرفه . وأيضاً لـمّا اتفق الجميع على امتناع جواز عتق عبد الصغير وهبة ماله ، وجب أن تكون الزيادة على ما يتغابن الناس فى مثله . والمعنى الجامع بينهما(٤) إخراج مال الصغير من ملكه بغير بدل يحصل للصغير . وأما مقدار ما يتغابن الناس فيه من الزيادة فإنها جائزة لأن الوصى لو امتنع من التصرف فيه حتى يشترى بأكثر من ثمنه لحق الصبى فى ذلك ضرر ، فصار مقدار ما يتغابن الناس فيه (٥ معفوّا عنه ٥) لـما يعود نفعه إلى الصبى(٦) .

549 قال : { ولوصىّ الأب أن يبيع العقار وغيره إذا كان فى الورثة صغار وكبار عند أبى حنيفة وإن لم يكن هناك دين يقضيه ولا وصية ينفذها . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا لم يكن هناك دين ولا وصية لم يكن له أن يبيع حصة الكبار من العقار } . لأبى حنيفة إن بيع نصيب الصغار على العقار دون نصيب // [ف ١٢٠ب] الكبار ضرر على الصغار(١) وليس للوصى أن يفعل ما يضر بالصغار لـما بيّنّا . وفى بيع جميع ذلك توفير حق الصغار من غير

548 (١) سورة الأنعام ، ٦ : ١٥٢ (٢) ساقط من ل .
(٣) ل : بدلالة أن له أن يهب مال الصغير .
(٤) ل : وكذلك غيره عنده ، والعلة .
(٥) ف : فيجوز له . ج : مستثنى من العقد .
(٦) مزيد فى ف ، ج هنا شرح الشيخ الجصاص لآيات قرآنية تؤكد معنى هذه الفقرة .
549 (١) ل : العقار .

إلحاق الضرر بالكبار مع ثبوت ولايته عليهم . فلذلك جاز له أن يبيع نصيب الكبار أيضاً . ولا يلزم على هذا إذا كان للصغير شركة فى العقار مع الأجنبي لم يكن للوصى أن يبيع نصيب الأجنبي وإن لحق الصغير ببيع نصيبه خاصة ضرر ، لأنا (٢قد قيّدنا العلة بأن٢) قلنا : مع ثبوت ولايته على الكبار . وإن شئتَ قلتُ : مع ثبوت ولايته على التركة الباقية على حكم ملك الميت . وليس ها هنا للوصى على الأجنبي . فلذلك امتنع من بيعه . قال الشيخ : (٣وبما يبيّن لك أيضاً أن٣) فى هذا توفير مال(٤) الميت ، وفى بيع بعضه دون بعض // [ل٢ / ١٤٢أ] تضييع حقه ، والوصى مأمور بتوفير حق الميت (٥وماله لأن له فى ذلك نفعاً . ألا ترى أنه لو ظهر عليه دين قضى منه دينه ، ولو ظهرت له وصية أُنفذت من ذلك٥) ؟ فينبغى أن يكون ممنوعاً من بيع بعض العقار عليهم دون بعض . ولا يلزم على هذا وصىّ الأب على الكبار الذين لا صغار معهم أنه لا يجوز للوصى أن يبيع العقار عليهم ، لأنه ليس هناك بيع بعض العقار دون بعض ، بل(٦) العقار كله باق على حكم ملك الميت ولا يلحقه الضرر فمنعنا الوصى من بيعه .

وفى مسئلتنا : إذا باع نصيب الصغار دون الكبار لحق الضرر (٧ببيعه للعقار بثمن ناقص٧) لأن الشركة عيب ، فإذا باع بعضها دون بعض لم يشتر إلا بنقصان . فلذلك اختلفا : ولا يلزم على هذا الموصى له مع الصغار لم يجز عندهم جميعاً أن يبيع الوصى نصيب الموصى له من قِبل أن ما يحصل للموصى له بالوصية لا يكون باقياً على حكم ملك الميت ، لأنه لا يخلف الميت فى ملكه . ألا ترى أنه لا يرد بالعيب على بائع الميت كما يرد الوارث ، لأن الوارث يخلف

---

(٢) ساقط من ل .
(٣) ل : وأيضا .
(٤) ف : حق .
(٥) ساقط من ف .
(٦) ف : يلي .
(٧) ساقط من ل .

الميت فى ملكه ، وهذا لا يخلفه . فإذا كان كذلك صار الموصى له مثل الأجنبى والوارث حكمه حكم ملك الميت ، وقد بينا أن للوصى ولاية على ملك الميت فله أن يبيع جميع العقار إذا كان ذلك أوفر لحق الميت .

وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما ذهبا إلى أن نصيب الكبير ها هنا بمنزلة نصيبه لو انفرد ، كذلك إذا كان مع الصغير . والجواب عنه ما ذكرنا .

وأما إذا كان هناك دين أو وصية فللوصى أن يبيع جميع العقار عندهم جميعاً ويقضى به دين الميت وينفذ وصاياه ، لأن الميراث يثبت حكمه بعد قضاء الدين وإنفاذ وصاياه من الثلث . قال الله تعالى ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾(٨) . وأيضاً فإن مقدار المستحق بالدين كأنه غير موروث عنه . وكذلك مقدار المستحق بالوصية . فإذا كان كذلك لم يكن للورثة فى ذلك حق ، كباراً كانوا أو صغاراً ، وصار كأن الميت //[ف ١٢١ أ] فعل ذلك فى مرضه .

550 قال : { وللوصىّ أن يبضع ويودع } لأن له أن يستأجر على حفظ المال ، فله أن يحفظه (١ بغير أجرة ١) //[ل ١٤٢ ب] وهو الوديعة . والبضاعة مثل الوديعة لأن له أن يوكل إنساناً يشترى للصبى ، فله أن يبضع أيضاً ، ويجعل المستبضع وكيلا فى الشراء .

551 قال : { وإن قال : أنفقتُ مالك عليك ، صُدِّقَ فى نفقة مثله فى تلك المدة } ، لأنه أمين فلا يجوز أن يكذّبه ما لم يظهر لنا خلافه . وأما فى

(٨) سورة النساء ، ٤ : ١٢

550 (١) ساقط من ف .

أكثر من نفقة مثله لم يُصدَّق لأنا قد علمنا خلافه إذ[1] لم يكن له أن يُسرف في مال الميت فينفق على الصغير أكثر من نفقة مثله ، فيصير ضامناً . قال : [وإن اختلفا في المدة فقال الوصيّ . هي عشر سنين منذ مات الميت ، وقال الوارث : خمس سنين ؛ فالقول قول الوارث] ، لأن هذا اختلاف في تاريخ موت الميت ، فلا يصدق الوصي على تقدم التاريخ إلا ببينة . ويثبت التاريخ من الوقت الذي اتفقا عليه ، وهو خمس سنين . فإذا ثبت التاريخ [2]كان القول قوله فيما أنفق ما لم يتجاوز نفقة مثله لأنه أمين . قال : [ولو[2] ادعى الوصي أن الميت ترك رقيقاً فأنفق عليهم إلى وقت كذا ثم ماتوا ، فكذبه الابن في ذلك ، فالقول قول الوصي في قول أبي يوسف . وقال الحسن بن زياد : لا أصدقه في ذلك] . لأبي يوسف اتفاقهم في نفقته على الصغير أنه مصدق وإن لم يكن الإنفاق موجوداً في الحال ، ولم يُعلم ذلك إلا بقوله . فكذلك ها هنا . وإن لم يُعلم وجود العبد أن يصدق . وكما اتفقوا أنه لو ادعى أنه استأجر رجلا بعشرة دراهم أو أكثر ليحفظ مواشيه أو ليرد عبدا له قد أبق ولم يكن هناك وقت الخصومة ماشية ولا عبد ، كان مصدقاً . كذا الإنفاق على عبد كان [3]له وجب[3] أن يصدَّق . وأما وجه قول الحسن بن زياد فإن الجميع قد اتفقوا على أنه غير مصدق إذا ادعى أنه أنفق عليه منذ عشر سنين وأن أباه مات منذ عشر سنين وقال الإبن : منذ خمس سنين ، لأنه ادعى إثبات مدة أنفق عليه فيها لا يعلمها . ليتوصّل [4] بذلك إلى براءة نفسه ، فلم يصدق كذلك مسئلتنا : ادعى إثبات عبد أنفق عليه ولا يُعلم ذلك ، فلا يُصدق . وهذا ساقط بما ذكرناه من الإجارة .

552 قال : [ولو ادعى أن غلاماً للابن أبق فأعطى الذي جاء به جُعلا اربعين درهماً . وقال : أديت خراج أرضك منذ مات أبوك وهو منذ عشر

---

551 (١) ل : لذا .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ل : لم يجب .
(٤) ساقط من ل .

سنين ، وقال الابن : إنما مات أبي منذ سنتين ، أو قال : فرض القاضي لأخيك هذا الزمن[١] نفقة في مالك فأديت ذلك في كل // [ل ١٤٣ أ] شهر لعشر سنين ، إن القول قول الوصي في هذا كله عند أبي يوسف . وعند محمد القول قول الابن } . والمسئلة الأولى التي // [ف ١٢١ ب] ذكرنا فيها خلاف الحسن .

553 قال الشيخ : إن قولهم مثل قول أبي يوسف إلا ما رواه الحسن فصار حاصل الجواب على قول أبي يوسف أن النفقة عليه وعلى رقيقه وعلى ذي رحم محرم منه سواء . وخالفه محمد في نفقة ذي الرحم المحرم منه ، ولم يصدق الوصي . هذا قولهم في النفقة ، وقولهم في الخراج والجُعل على الخلاف الذي بينا . فأما وجه قول أبي يوسف في التسوية بين النفقة عليه وعلى رقيقه وبين النفقة على ذي رحم محرم منه أن له ولاية في النفقة على ذي الرحم المحرم منه ، كما كان له ولاية في نفقته عليه . ألا ترى أن القاضي لمذا فرضها[٢] [٣]كان الوصي هو الخصم في ذلك وفي الإنفاق عليه[٣] دون غيره . فدل ذلك على أن له ولاية في ذلك . وإذا كان كذلك وجب أن يصدق . وأما محمد فإنه فرق بين نفقته وبين نفقة رقيقه وبين نفقة ذي الرحم المحرم منه لأن نفقة ذي الرحم المحرم لا تُستحق من ماله إلا بفرض القاضي . فإذا لم يعلم سبب استحقاقه وهو فرض القاضي لم يصدّق . مثل أن يدعي أنه كان على الميت دين فقضاه ، لم يصدَّق بغير بينة لعدم سبب الاستحقاق . كذلك هذا . وأما نفقته ونفقة رقيقه فإنها تُستحق من ماله بغير فرض القاضي ، لأن على الوصي أن ينفق عليه وعلى رقيقه من ماله من غير فرض القاضي ، وليس عليه

---

552 (١) ف : أحد من .

553 (١) ف : يصدقه . (٢) ف : فرض .

(٣) ف : يكون الخصم في ذلك وفي الإنفاق عليه هو الصبي .

أن ينفق على ذى رحم محرم منه إلا بعد أن يفرض عليه القاضى فصارت النفقة عليه وعلى رقيقه بمنزلة الدين المستحق الذى قد علمنا كونه . فإذا ادعى أنه قد قضاه صُدِّق لوجود سبب الاستحقاق . وعلى هذا بنى محمد مسئلة الجعل لأن سبب الاستحقاق لا نعلمه ، وهو الإباق ، فلا يُصدق الوصى على الجعل إذا لم يكن هناك سبب الاستحقاق . وإذا أضاف ذلك إلى عقد يملكه مثل الإجارة ونحوها فيصدق . وكذلك خراج الأرض لا يصدق إذا ادعى أنه ادعى خراجها فى مدة لم يصدقه الوارث ، لأن كون موت الميت فى تلك المدة لا يستحق من التركة إلا بموت الميت . فصار موت الميت كالسبب بجواز آداء الخراج . فإذا لم يُعلم // [ل ١٤٣ ب] سببه ، وهو الموت ، لم يصدق .

(٤) وهذه المسائل كلها تجرى على التركة إلا مسئلة الإجارة إذا ادعى أنه استأجر رجلا ليرد عليه عبدا قد أبق منه ، إنه يصدق(٤) مع عدم الاستحقاق ، وهو الإباق . ولهذا استدل أبو يوسف فى تصديقه فى جعل الآبق . إلا أنه يمكن أن يُجاب عن هذا بأن يقال إن السبب الذى لا يُصدق فيه // [ف ١٢٢ أ] أن يكون مما لا يملكه هو ، مثل جعل الآبق : إن ايجاب الجعل لا يتعلق به ولا يملكه هو . وكذلك وجوب الخراج لا يتعلق به ولا يملك إيجابه فى الأرض . فإذا لم يملك إيجابه وجب أن يثبت(٥) سبب وجوبه ، وهو لإباق العبد ، وفرض القاضى النفقة ، وموت الميت فى خراج الأرض ، حتى يصدق . وليس كذلك الإجارة ، لأن عقد الإجارة ووجوب الأجر مما يملكه الوصى دون غيره ، فيصدق على ذلك كما يصدق فى سائر العقود من الشراء والبيع والرهن وغير ذلك ، لأنه يملك التصرف فيها ، فيكون مالكا لسبب الاستحقاق فيصدق على ما يملكه ، لأن إقرار الإنسان مقبول فيما يملكه . فهذا تحصيل مذهب محمد فى ذلك ، وهو معنى صحيح حسن .

---

(٤) ساقط من ل . (٥) ف : يبين .

554 وأما أبو يوسف فقد بينا وجه قوله فى النفقة عليه وعلى رقيقه ومحرمه وأما الجُعل فإنما يصدقه [فيه] لأنه يملك بذل ذلك القدر لحصول العبد بدلالة أن له أن يؤاجر عليه ليرد الآبق إليه . فإذا كان كذلك صُدق لأنه أقر بما يملكه كما يصدّق على وجه العقد وهو الإجارة . والجواب عن هذا لمحمد أنّا لا ننكر أنه يملك بذله على وجه العقد ، وهو الإجارة ، فمن أين لك أنه يملك بذله على غير وجه العقد ؟ وهل هذا إلا نفس الخلاف ؟ فينبغى أن لا يصدق حتى يقيم البينة على دعواه . وكذلك قوله فى الخراج : يقول إن للوصى ولاية على أداء الخراج بدلالة أنه هو الذى يلى آداءه إذا وجب ، فيجب أن يُصدق فيه كما يصدق فى النفقة عليه . والمعنى الجامع بينهما ثبوت الولاية له فى الوجهين جميعاً . والجواب لمحمد ماذكرنا أنه وإن كان يملك أداء الخراج فلا بد من إثبات السبب الموجب لاستحقاقه كما أن له ولاية فى قضاء الدين ، ومع ذلك لم يصدق على قضائه إلا بإثبات السبب الموجب لاستحقاقه وهو ثبوت الدين . فإذا لم يُعلم ذلك لم يصدق على القضاء . كذلك ها هنا لا بد من إثبات السبب الموجب للاستحقاق وهو موت الميت ، لأنه لو كان //[ل١٤٤أ] حياً لم يُستحق خراج الأرض من يدى الوصى ، وإنما استُحقّ من ماله فى يده فينبغى أن يصدق الوصى على أدائه إلا(١) بإثبات موت الميت . (٣) ولهذه العلة أيضاً لم يصدق الوصى عندهم جميعاً فى النفقة عليه منذ عشر سنين إذا ادعى [الوصى](٢) أن أباه مات منذ عشر سنين لأن السبب الموجب لجواز الإنفاق عليه موت الميت(٣) وهذا لا يعلمه فلا يصدق الوصى على وجود السبب قبل الخمس سنين اللاتى صدقه الابن فيهن ، ويصدق فى الخمس سنين لوجود السبب. فالمسائل كلها قد استُمدّت على مذهب محمد على معنيين//(٤)[ف١٢٢ب]

---

554 (١) ساقط من ف .
(٢) فى الأصل ، أى ل : الأب .
(٣) ساقط من ف .
(٤) لقد سقطت من ف هنا ورقة بكاملها . فالاعتماد على ل من هنا حتى فقرة 558 ، ملاحظة (٢) ، وسنستأنس ب، ج.

أحدهما أنه مصدق على التصرف عند وجود السبب الموجب له ، سواء كان السبب مما يملكه أو لا يملكه . والثانى أنه غير مصدق عليه إذا كان السبب الواجب معدوماً فى الظاهر ولا يملكه هو بنفسه . وأما إذا كان مما يملكه فإنه مصدق وإن كان فى الظاهر معدوماً . وذلك مثل ما ذكرنا من الإجارة ونحوها . ويستمد أيضاً على اعتبار أبى يوسف ، وهو ثبوت الولاية على الوجه الذى ادعاه إلا مسئلة الدين إذا ادعى أنه كان على الميت دين فقضاه ، ولا يُعلم كون الدين ، إنه لا يصدق مع ثبوت ولايته على قضاء الدين على الوجه الذى ادعاه ومسئلة الإنفاق عليه أيضاً إذا اختلفا فى مدة موت الأب ، لم يصدق . واعتبار أبى يوسف يعترض عليه هاتان المسئلتان ، واعتبار محمد لا يُعترض عليه بشىء . واحتج الشيخ لأبى يوسف فى تصديقه فى أداء الجُعل أن الجعل هو بدل من المنافع التى حصلت للوارث برد العبد ، فصار مثل الأجرة التى هى بدل من المنافع ، فيصدق كما فى الأجرة . ويُجاب لمحمد عن هذا بأن الوصى كان يملك السبب الموجب (٥) لاستحقاق الأجرة وهو العقد ، فيصدق على وجوب السبب والجعل لا يملك السبب الموجب (٥) لإيجابه ، إذ الجعل لا يثبت وجوبه بفعله ، فلا يصدق على وجوب السبب الموجب له حتى يُعلم سببه . وفرق الشيخ (٦) أيضاً لأبى يوسف بين اختلاف الوصى والابن فى المدة التى ادعى فيها الخراج من يوم مات الموصى ، أن القول قول (٧) الوصى عنده وبين اختلافهم فى المدة التى أنفق عليه منذ مات الموصى ، أن القول قول (٧) الابن لأن الخراج لا يتعلق بالمدة لأنه لو ادعى أنه كان له أرض فأدى خراجها ثم باعها ، كان مصدقا عنده . كما لو قال : كان له رقيق فأنفقت عليهم ، كان القول قوله . ولا تتعلق المدة فى هذا الباب ، فلذلك كان القول // [ل ١٤٤ ب] قوله فى أداء الخراج فى مسئلتنا . وأما فى مسئلة إنفاق الابن فلا يتأتى فيها

---

(٥) فى ج فقط ، وهو ساقط من ل .

(٦) فى ج فقط .
(٧) فى ج . ساقط من ل .

هذا المعنى لأنه لا يمكن أن يقال إنى أنفقت عليك ، إلا وهو موجود فى حال الخصومة . فليس يجىء[٨] المعنى الذى قلنا فى الخراج إن القول قوله وإن لم يكن هناك أرض يتعلق بها وجوب الخراج . وكذلك إذا اختلفا والأرض التى ادعى خراجها موجودة كان القول قوله . فلذلك افترقا .

555 قال : { وإن باع الوصى شيئاً من تركة الميت بالنسيئة فإن كان ذلك ضرراً على اليتيم لم يجز } . قال الشيخ : يعنى إذا باعه بدون ما يُباع بالنسيئة لأن ثمن النسيئة أكثر من الثمن بالحال . فلا ينبغى له أن يبيعه بمثل ما يُباع فى الحال لأن ذلك ضرر على الصبى ، فصار كبيعه بما لا يتغابن الناس فيه فلا يجوز .

556 قال : { وللوصى أن يوكل ببيع متاع اليتيم فى تقاضى ديون الميت وتجارته فى ماله } . كما يجوز له أن يستأجر ليتصرف فى ماله ، ويبضع ماله كذلك يجوز له أن يوكله فى ذلك إذا كان ذلك أحوط للصبى لأنه يحتاج[١] إلى إعطاء الأجرة .

557 قال : { وللوصى أن يعطى من مال اليتيم زكاة[١] الفطر وأن يضحى عنه إذا كان له مال ، عند أبى حنيفة . وهو قول أبى يوسف . وعند زُفَر والحسن : ليس للوصى ذلك ، فإن فعل فهو ضامن . وهو قول محمد } . والكلام فى هذا موضعه كتاب الصيام والأضاحى .

558 قال : { ولو أن رجلا ادعى على رجل ميت مالا وأحضر رجلا ذكر المدعى أنه ابن الميت ووارثه ، لا وارث له غيره ، وذكر أن فى يديه مالا

---

(٨) ج : فى .

556 (١) ل : لا يحتاج .

557 (١) ع : صدقة .

ورثه من أبيه ، وأن له على أبيه ألف درهم ، فقال المدعى على أبيه المال: أنا فلان ابن فلان الفلانى ، وقد مات أبى ، ولا وارث له غيرى ، وفى يدى مال ورثته عن أبى ، ولا أعلم لهذا الرجل على أبى شيئاً ، فأراد المدعى استحلافه على ذلك أحلّفه له على علمه . وذلك أن المدعى على أبيه قد اعترف بأنه خصم حيث قال : إنه وارث الميت المدَّعى عليه . فإذا كان كذلك صُدق على نفسه أنه خصم ، ولا يصدّق على الميت فى لزوم المال بالنكول . لأنا لا نعلم كونه وارثا إلا بقوله ، فلا يصدّق على الميت ، كما لا يصدق وكيل الغائب على الغائب إذا ادّعى رجل على الغائب ديناً وأن هذا وكيله فى قضاء المال الذى عليه وصدقه بذلك الوكيل فإن القاضى يأمر الوكيل بتسليم ما أقر به إلى المدعى ، وإن لم يكن // [ل ١٤٥أ] ذلك قضاء على الغائب . فكذلك الوارث مثله فى هذا الباب . والعلة أنه لا سبيل للقاضى إلى نصب الوارث عن الميت ، كما لا سبيل له إلى نصب الوكيل . فإذا كان كذلك لم يكن فى أمر القاضى للوارث بدفع (١)ما لزمه(١) من جهة الحكم حكما على الغائب إذا لم يثبت كونه وارثاً عن الميت بالبينة عند القاضى كما قلنا فى الوكيل . وليس الوارث فى هذا كالوصى لو كان مكان الوارث وأقر بأن فى يده مالا للميت ، فإنه لا يكون خصماً عن الميت مع المدعى حتى يقيم البينة على موت الميت وعلى وصيته وأن يقيم المدعى البينة على ثبوت دينه على الميت . فأما قبل ذلك فلا يكون خصماً وإن أقر بأنه وصى الميت وأن فى يده مالا للميت . وذلك أن للقاضى أن ينصب للميت وصياً لأن تصرفه جائز على الميت ، فإذا أمر المقر بالوصية أن يؤدى دين المدعى أو يقبل بينة(٢) [المدعى](٣) فى إثبات الدين على الميت صار وصياً للميت ، إذ لو لم تجز وصيته لم يصح قضاء دينه ولا قبلت عليه البينة . فإذا كان كذلك ثبت أن أمر القاضى

---

558 (١) فى ج فقط . وهو ساقط من ل .

(٢) هنا آخر الورقة الساقطة من ف ، فنستأنف الاعتماد على ل ، و ف .

(٣) فى الأصل : المدعى عليه .

للمقر بالوصية[٤] بقضاء دين المدعى[٤] إقرار على الوصية . وإذا صار وصياً بذلك جاز تصرفه على الميت ، فيكون ذلك حكما على الميت . وليس للقاضى أن يحكم على الميت بقول هذا الذى أقر بالوصية . وليس كذلك الوارث والوكيل لما بينا أنه لا يملك نصب الوكيل عن الغائب ولا الوارث عن الميت ، فلا يكون أمره بأداء ما لديهما من دين المدعى إقراراً على كونهما وارثاً ووكيلا[٥] . وإذا لم يكن ذلك ، لم يكن حكما على الميت والغائب ، وإنما يكون حكما عليهما . فلذلك افترقا .

فإن قيل : أليس المدعى إذا ادعى أن له على الغائب ديناً وأنه وكّل هذا المودَع : بقضاء دَيْنى مما فى يده من الوديعة ، إن المودع لا يكون خصماً فى قضاء الدين ولا فى قبول البينة عليه بأن له على الغائب ديناً ، حتى يقيم البينة أنه [٧]وكيل فى ذلك ، فلِمَ [لم تقل][٦] إن الوارث مثله وإنه لا يكون خصما حتى يُثبت المدعى[٧] أو الوارث أنه وارث وأن أباه قد مات ، تقبل بينته على ثبوت الدين على الميت ؟ قيل له : الفرق بينهما أن التركة فى الظاهر أنها ملك الوارث حتى يجىء مَن يستحقها ، فإذا كان المدعى يدعى استحقاق // [ل ١٤٥ب] ما هو ملك للوارث فى الظاهر كان الخصم هو الوارث . وأما الوديعة فليست ملكا للمودَع وإنما هى مال المودِع ، فلا يكون المودَع خصما فى مال المودِع إلا بوكالة تثبت من جهته ، فلذلك لم يجعله خصما حتى يُثبت المدعى أنه وكيل الغائب . فإذا كان هذا هكذا قلنا فى مسئلتنا : إن الوارث خصم عن الميت ، فتُقبل بينة المدعى عليه ، إن كانت له بينة ، وإن لم يكن له بينة حُلّف الوارث : بالله ما يعلم أن لهذا على أبيك هذا الدين الذى يدعيه ولا أقل منه فإن حلف برىء من دعواه ، وإن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه . فإن

(٤) ف : قضاء من المدعى . (٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ل ، ف . وفى ج : لا قلت .

(٧) ساقط من ل .

حلف الوارث على دعوى المدعى ثم أقام المدعى البينة أن له على فلان بن فلان ألف درهم ، يعنى الميت ، وأن فلاناً مات ؛ إلا أن الشهود لا يعرفون أن هذا الذى حضر مع المدعى وارث الميت ، والحاضر يقر بأنه ابن الميت ، فإن القاضى يحكم عليه ويأمره بدفع المال إلى الغريم الطالب بهذه البينة . فلا يكون ذلك حكماً على الميت ولا على ورثته ، لأن إقرار الحاضر جائز على نفسه ، غير جائز على غيره . فإذا كان كذلك وجب أن يصدق على نفسه فيما يلزمه من تسليم المال إلى الطالب ، لأن إقراره قد تضمن // [ف١٢٣ أ] أحق بما فى يديه من التركة منه حتى يستوفى دينه ، فيصدق على نفسه ويؤمر بدفع المال إليه إذا ثبت الدين . فلا يكون ذلك حكماً على الميت لأنه لم يثبت عند القاضى ببينة أن هذا الحاضر وارث الميت . وليس فى حكمه بدفع المال إلى الطالب حكم بأنه وارث الميت ، لأن القاضى ليس له أن ينصب عن الميت وارثاً لو قصد إلى ذلك . فكيف يكون حكمه بدفع المال حكماً بأنه وارثه ؟ بل يكون حكمه مقصوراً عليه دون الميت ، كما قلنا فى الوكيل إذا أقر بأنه وكيل الغائب[٨] فى قضاء الدين يؤمر بقضاء الدين الذى اعترف [به] للطالب ، ولا يكون ذلك حكماً على الغائب لأنه ليس له سبيل إلى نصب الوكيل عن الغائب . كذلك ما ذكرنا من الوارث مثله . [٩] وقد بينا هذا المعنى فيما تقدم . وقد بينا الفرق بينه وبين الوصى أيضاً[٩] . وكذلك لو أقر الوارث بدين المدعى على الميت كان مصدقاً على نفسه دون الميت ، ويؤمر بدفع المال إليه ، فلا يكون ذلك حكماً على الميت كما قلنا فى الوكيل بقضاء ما عليه من الدين .

559 قال : [وينبغى // [ل١٤٦ أ] للقاضى أن يستحلف الطالب : بالله ما قبضت هذا المال من فلان الميت ولا من أحد أدّاه إليك عنه ولا قبضه لك قابض بأمرك [١]ولا شيئاً منه[١] ولا أبرأت منه ولا من شىء منه ولا أحلت

---

(٨) ف : الغالب .

(٩) ساقط من ل .

559 (١) ساقط من ف .

بذلك ولا بشيء منه على أحد ولا عندك به رهن }. قال الشيخ[٢] : إن شاء ذكر هذا كله وحلفه يميناً واحدة ، وإن شاء اقتصر على قوله : بالله ما برىء الميت من هذا الدين الذى يدعيه ولا شيء منه ولا عنده به ولا بشيء منه رهن. فإنه يشتمل على جميع ما قاله . وإنما حلّفه لأنه يجوز أن يكون الميت قد برىء من الدين . فينبغى أن يحتاط فى حاله ويحلّف الطالب على ذلك .

560 قال : { وكذلك كل دين ثبت على ميت فإن القاضى يستحلف الطالب على ما فسرت } ، ذلك لأن القاضى مأمور بأن يحتاط فى مال الميت ، فينبغى أن يستوثق[١] بكل ما يحتمل الدعوى . وها هنا لو كان الميت حاضراً يحتمل أن يكون كذلك ، فيدعى البراءة [٢] أو الرهن أو ما ذكرنا[٢] فيسأل القاضى أن يحلف الطالب على دعواه ، فكان القاضى يحلّفه . فكذلك للقاضى أن يحتاط فيه ويحلّفه ولا يعطيه شيئاً بغير يمين . وليس هذا[٣] كالمدعى عليه إذا كان حياً . إن المدعى لا يحلف على براءة المدعى عليه إذا أقر المدعى عليه بأصل الدين أو جحده ما لم يدّع البراءة أو القضاء أو شيئاً يوجب براءته من الدين لأن هناك يحكم القاضى على ظاهر حالها . فإذا لم يدّع المطلوب القضاء ولا شيئاً يوجب البراءة // [ف١٢٣ب] ولم يقر بالدين أصلا لم يجز أن يُحلف الطالب على شيء لا يدعيه المطلوب . وها هنا دعوى الميت [٤]لذلك غير منكر فيحكم على ما يكون أحوط له . ويجوز أن يكون الميت[٤] لو كان حياً كان يدعى البراءة فيحلّف على ذلك . وليست هذه اليمين حقاً للورثة وإنما هى حق للميت لو أبى الوارث أن يحلف الطالبَ لم يبرأ من اليمين ، وعلى القاضى أن يحلفه على ما قلنا بحق الميت ، لأنه يجوز أن يظهر عليه دين آخر أو موصى له فيقول

---

(٢) ل : أبو بكر .

560 (١) ف : يستوفى . (٢) ساقط من ف .

(٣) مزيد فى ل : كلام .

(٤) ساقط أصلا من ل ، ومثبت فى الهامش .

للقاضى : إنك لم تحتط فى مال اليتيم ودفعت إلى الطالب بغير يمين[٥] وأن الطالب قد يكون قد أخذ حقه فى حياة الميت . فإذا كان كذلك لم ينبغ للقاضى أن يلتفت إلى قول الورثة فى ذلك .

561 باب الرجل يوصى إلى رجلين // [ل ١٤٦ ب]

[١]قال أبو بكر الخصاف : { ولو أن رجلا مات[١] وأوصى إلى رجلين فإن أبا حنيفة قال : ليس لأحدهما أن يعمل شيئاً دون صاحبه ولا يشترى شيئاً ولا يبيع إلا أن يشترى طعاماً لليتيم وكسوة . وهو قول محمد . وقال أبو يوسف : لكل واحد منهما أن يشترى ويبيع ، ويجوز أمر واحد منهما كما يجوز أمرهما جميعاً فى تركة الميت } . قال [٢]أبو بكر[٢] : لا خلاف بينهما فى سبعة أشياء ، إن لكل واحد منهما أن يفعله دون صاحبه : شراء الكفن وقضاء ديون الميت ، وإنفاذ وصاياه ، ورد الودائع والعوارى ، وبيع ما يُسرع إليه الفساد ، وشراء ما لا بد لليتيم[٣] منه من الكسوة والطعام ونحوهما[٤] وأن يخاصم كل واحد منهما وحده ولا ينتظر صاحبه . وما عدا هذه السبعة يكون على الخلاف . فى قول أبى حنيفة ومحمد ليس لأحدهما أن يفعله دون صاحبه . وعند أبى يوسف له ذلك . أما شراء الكفن فإنه لا يجوز أن يترك الميت على السرير ولا يُدفن حتى يجىء الوصى الآخر[٥]. ألا ترى أنه لو لم يكن إلا وصى واحد وهو غائب لم يجز ترك الميت حتى يقدم الوصى الغائب ، بل ينبغى للقاضى أن يأمر غيره ليشترى له كفنا ويدفنه إن كان هناك قاض . وإن لم يكن هناك قاض يُولّى ذلك[٦] غيرُه من المسلمين ولا يكون ضامناً

---

(٥) مزيد فى ف : كان له أن يأخذ .

561 (١) ساقط من ل .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ل : الصبى .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ف .
(٦) ساقط من ف .

فى ذلك ، (٧ كذلك أحد الوصيين له أن يفعله ولا ينتظر به الوصى الآخر . وأما قضاء الديون فإن صاحب الدين(٧) لو جاء وأخذ دينه من مال الميت لم يكن لأحد منعه . كذلك إذا فعل أحد الوصيين . وكذلك الوصية المعينة والوديعة والعارية ، لكل واحد من هؤلاء أن يأخذ (٨ماله من غير منع من واحد(٨) .

//[ف ١٢٤ أ] وأما المرسلة(٩) فمثل الدين لا ينتظر بها الوصى الآخر أيضاً لأن الوصى فى إنفاذ الوصية بمنزلة الوكيل بالهبة ، فلكل واحد من الوكيلين بالهبة أن يهبه دون صاحبه . وكذلك الوكيلان بإباحة شىء من ماله فهو مثل هذا . وكذلك الوصيان فى إنفاذ الوصية . والمعنى (١٠الجامع بينهما(١٠) أن الهبة والوصية جميعاً عقدا إباحة ليس فيه بدل ولا يُحتاج فيه إلى الرأى ، (١١حتى لا يلزم عليه أمر المرأة بأيديهما فى الطلاق أنه تمليك(١١) ، ومع هذا إنه ليس لأحدهما إنفاذه دون صاحبه إذا قال الرجل : قد جعلتُ أمر المرأة بأيديكما لأن ذلك ليس بعقد إباحة ، ويُحتاج فيه إلى الرأى . ونحن قد احترزنا من هذا. وأما بيع ما يسرع إليه الفساد فلأن فى تركه ضرراً على مال اليتيم(١٢) ، وليس لأحد الأوصياء ولاية(١٣) فيما يضر به الميت . فلذلك لا(١٣ ينبغى له أن(١٣) ينتظر الآخر . وأما شراء ما لا بد للصبى منه فلأنه يلحق الصبى ضرر بانتظار الآخر ، وليس لأحد ولاية على الصبى فيما يضر به . ألا ترى أنه لا يجوز للأب ولا للوصى//[ل ١٤٧ أ] أن يهب من ماله هبة لأنه يضر بالصبى(١٤ فصار فى ذلك كواحد من الأجنبيين . كذلك ها هنا الوصى الغائب لا ولاية له فيما يضر بالصبى(١٤) فى انتظاره .

---

(٧) ساقط من ل .

(٨) ل : ما الزم غيره أن يمنعه .

(٩) ف : غير المعينة .

(١٠) ساقط من ل .

(١١) كذا فى الأصل .

(١٢) ف : الميت .

(١٣) ساقط من ل .

(١٤) ساقط من ل .

وأما الخصومة فإنما جعلنا(١٥) لكل واحد منهما أن يخاصم لأنهما لو حضرا جميعاً لم يخاصم الخصم إلا واحداً منهما . وكذلك قالوا جميعاً فى الوكيلين إن لكل واحد منهما أن يخاصم . فالوصيان أجدر(١٦) بكل(١٧) واحد منهما(١٧) أن يخاصم أحدهما دون صاحبه . ووجه قول أبى يوسف ومحمد فيما عدا هذه السبعة(١٨) أن الموصى لم يرض(١٩) برأى أحدهما حتى ضم إليه الآخر ، فلا يجوز (٢٠)لأحدهما أن يتصرف عليه دون صاحبه إذ قد عدم رضاه(٢٠) . وكذلك قال أبو حنيفة ومحمد فى الأمينين(٢١) أنه لا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى مال الإبن دون الآخر إلا فى الأشياء المخصوصة التى ذكرنا . وذهب أبو يوسف إلى أن تصرف الوصى من جهة الولاية فيكون تصرفه عاماً ، ولكل واحد منهما أن ينفرد بنفسه دون صاحبه بدلالة ولى النكاح إذ لو لم يجز تصرفه إلا مع الآخر صار متصرفاً فى النصف دون الجميع .

562 والجواب عن هذا أن كون تصرفه من جهة الولاية لا يمنع ما قلنا لأن تصرفه وإن كان من جهة الولاية فإن الميت // [ف ١٢٤ب] لم يرض برأى أحدهما ، فصارا جميعا كولىّ الصغير ، وكونهما ولى الصغير لا يوجب الاقتصار على تصرف أحدهما وحده دون الآخر عند أبى حنيفة ومحمد ، كما قالوا(١) فى الأمينين(٢) ، كذلك الوصيان وإن كان تصرفهما من جهة الولاية وجب أن لا يتصرف أحدهما دون صاحبه . وأيضاً فإن لم يجعل تصرف

---

(١٥) ل - قلنا .
(١٦) ل : أجوز .
(١٧) ساقط من ل .
(١٨) ف : المسئلة .
(١٩) ف : يقض .
(٢٠) ف : لنا أن نقتصر بالوصيين فى جواز تصرف أحدهما دون الآخر ، والمعنى فيهما عدم رضاه برأى أحدهما دون الآخر .
(٢١) ل : الأبوين .

562 (١) ف : قلنا .
(٢) ل : الأبوين

كل واحد منها مقصوراً على النصف بل تصرف كل واحد منهما عامّ ، إلا أنه ينبغي أن يكون رأي الآخر موجوداً معه على ماجعل إليهما الموصي .

فإن قيل : فهلا قلتم إن لكل واحد منهما أن يتصرف في جميع التركة وإن كان قد جعل معه وصياً آخر لكونه متصرفا على وجه الولاية كما قال أبو حنيفة في الموصي إذا وصى إلى رجل[٣] في شيء بعينه إنه يكون وصياً في جميع ما يتعلق بتصرف الأوصياء ؟ قيل له : لأن ها هنا إذا لم يجز تصرفه بغير رأي[٤] الآخر لم يقتصر على بعض التصرف دون بعض تصرفه عامّ في جميع ما يتعلق بالأوصياء . ثم إذا اقتصرنا بالتصرف[٥] على ما أشار إليه دون غيره لم يكن متصرفا من جهة الولاية وإنما يكون متصرفا من جهة [٥] الآمر كالوكيل لأنه لا يجوز تصرفه في سائر الأشياء بوجه من الوجوه ، فيخرج من أن يكون على وجه[٥] تصرف الوصي . وفي مسئلتنا لا شيء [يشير][٦] إليه إلا ويجوز تصرف كل واحد من الوصيين . فلم يخرج //[ل١٤٧ب] الوصي من أن يكون تصرفه على جهة الولاية فلذلك افترقا .

563 قال : { وقال أبو حنيفة : لو أوصى إلى أحدهما في شيء بعينه فقال: أنت[١] وصي في قضاء ما علي من الدين ، وقال للآخر : أنت وصي في القيام بأمر مالي وولدي وما أخلّف بعدي ، كان كل واحد منهما وصياً في جميع ذلك ، وهما مشتركان في الوصية على ماقلنا في المسئلة الأولى . وقال أبو يوسف : كل واحد منهما وصي فيما أوصى به إليه ولا يشرك أحدهما الآخر فيما جعل إليه } . قال الشيخ[٢] : هذا خطأ أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة .

---

(٣) ف : إليه . (٤) ف : أمر .

(٥) ساقط من ل .

(٦) كلمة غير مقروءة ورسمها : ســـر . ولعل المثبت هو الصحيح .

563 (١) ل : أنه . (٢) ل : أبو بكر الرازي .

وهذا قول محمد ، ذكر فى الوصايا أنه استحسان على قول أبى حنيفة وأبى يوسف. لأبى حنيفة إن تصرف الوصى ليس من جهة الآمر . ألا ترى أنه يتصرف مع انقطاع أمر الميت بالموت ؟ وإنما هو من جهة الولاية ، فلا يجوز أن يتبعض بدلالة تصرف الأب والجد . وأما محمد فإنه ذهب إلى أن تصرف الوصى ثبت من جهة الآمر وإن كان لا يبطل بالموت ، فصار فى باب التبعيض //[ف١٢٥ أ] كتصرف الوكيل يكون مقصوراً على ما جعل إليه . والجواب عن هذا أن كونه فى الابتداء[٣] من جهة الآمر لا يقدح فيما قلنا إنه يتصرف بعد الموت من جهة الولاية فى أن الموصى أقام مقام نفسه ، فيكون تصرفه عاماً كتصرف الموصى. ويجوز أن يُحتجّ لأبى حنيفة بأنهم جميعا قد اتفقوا على أن تصرف الجد لا يتبعض ، والعلة[٤] فيه تصرفه بموت الميت فى شيء ما من التركة . وهذا المعنى موجود فى الوصى بشيء بعينه ، لأنه قد جاز تصرفه فى شيء ما بموت الموصى فوجب أن يكون عاماً[٥] .

فإن قيل : ما أنكرت أن تصرفه مقصور على ما يجعل إليه الموصى وإن كان فيه تبعيض تصرف الوصىّ كما قلتم فى الموصى إذا قال له : أنت وصى إلى وقت قدوم فلان ، أو : إلى أن يبلغ ولدى هذا ، إن تصرفه يكون مقصوراً على ما نص عليه الموصىّ وقد قدم فلان ، أو بلغ الصبىّ خرج من التصرف . الجواب أن كونه مقصوراً على التصرف فى وقت دون وقت لا يوجب التبعيض لأن الولاية قد ثبتت على هذا الوجه . ألا ترى أن للأب أن يتصرف على الصغير إلى وقت البلوغ ، وبعد بلوغه ليس له أن يتصرف عليه مع كونه متصرفا بالولاية ؟ وليس كذلك مسئلتنا لأن كونه مقصوراً على بعض التصرف دون بعض يخرجه من أن يكون //[ل ١٤٨ أ] متصرفا على جهة الولاية .

---

(٣) بياض فى ف . (٤) ف : والمعنى .

(٥) ل : على ما قاله أبو حنيفة .

وليس لنا سبيل إلى إخراجه من الولاية فلذلك يعم التصرف ولا يتبعّض .
على أن قول أبي حنيفة غير منصوص عليه في وصية الغائب إذا قدم أنه يكون وصياً أو لا . وإنما ذكر هذا في كتاب الوصايا ولم يذكر خلافاً . والخصاف ذكر ها هنا وصيته إلى الإبن إذا بلغ أنها لا تجوز عند أبي حنيفة ولم يذكر مسئلة وصي الغائب إذا قدم .

قال الشيخ : وينبغي أن لا يكون بينهما فصل في أنه لا يجوز واحد منهما لأن تصرفه من جهة الولاية فلا تبعيض . فإذا كان كذلك سقط هذا السؤال[٦] . // [ف ١٢٥ب] .

564 مسألة[١]

قال : { ولو أوصى إلى رجلين فمات أحدهما ولم يُوصِ إلى أحد[٢] فليس للوصي الآخر أن يعمل شيئاً حتى يرفع ذلك القاضي . فإما أن يُفرده بالوصية ويأمره بالقيام بتركة الميت ، وإما أن يجعل معه وصيا آخر مكان الميت } .
هذا على قول أبي حنيفة ومحمد ، من قِبل أن الموصي لم يرض برأي واحد .
فإذا [٣]فات رأي[٣] أحدهما وجب أن يضم إليه وصيا آخر . فإن رأى القاضي أن يجعله وصياً في جميعه كان له فعلُ ذلك لو لم يكن وصي للميت . وكذلك لو قبل أحد الوصيين الوصية ولم يقبل الآخر فهو مثل ذلك للعلة التي ذكرناها في الفصل الأول . وذكر ها هنا : لأحد الوصيين أن يُعتق العبد الموصى له بعتقه وليس له أن ينفذ ما أوصى به من أبواب البرّ . وهو غلط والصواب أن له أن ينفذ الوصايا سواء // [ف ١٢٦ أ] كانت في العتق أو في أبواب البرّ

---

(٦) في ب هنا المزيد من الشرح للمدرس يردد نفس النقاط ولا فائدة في إثباتها .

564 (١) ساقط من ل . (٢) ل : أحدهما .

(٣) ل : مات وأي .

أو غير ذلك لمّا بينا أن ذلك بمنزلة الوكالة بالهبة : إن لكل واحد من الوكيلين أن يهبه دون صاحبه ، لأنه إباحة وليس يحتاج فيها إلى الرأى ، والوصية بالصدقة على المساكين أو غير ذلك مما يكون من أبواب البر أو غيره هى مثل هذا . وأما العتق فهو أيضا بيّن لأن عندهم لأحد الوكيلين بعتق العبد أن يعتقه دون صاحبه إذا لم يكن عتقا على مال ، كذلك الوصية . وأيضا فإن العتق فيه إسقاط حق . ولأحد الوكيلين بالبراءة أن يبرىء المطلوب // [ل ١٤٨ ب] دون صاحبه . كذلك هذا . والمعنى الجامع بينهما أنه إسقاط حق من غير احتجاج إلى رأى .

565 مسـألة

[ولو أن رجلا مات وله ديون وعليه ديون وله أموال ، وترك ورثة فأقام رجل شاهدين أنه أوصى إليه وإلى فلان الغائب ، فإن القاضى يقبل ذلك ويكون قضاء للغائب بالوصية أيضا ، فإذا قدم وادعى الوصية لم يحتج إلى إعادة البينة على دعواه ، ويكون وصيا . وإن أنكر الوصية صـار حكم الآخر كالوصيين إذا قبل أحدهما دون الآخر إن القاضى ينظر فى ذلك ويفعل ماهو أحوط للميت . فإن رأى أن يضم إليه غيره فعلَ ، وإن رأى أن يفرد الباقى بجميع ذلك فعل . وهذا قول أبى حنيفة ومحمد[1] . وأما على قول أبى يوسف فإن الحكم على الحاضر لا يكون حكما على الغائب بالوصية . وإذا قدم الغائب كلّفَ إعادة البينة على دعواه . وإن أنكر الوصية يكون للآخر أن يتصرف فى جميع ما يتعلق بالأوصياء] . وهذا مبنىّ على أصلهم فى الوصيين : هل يجوز تصرف أحدهما دون الآخر أولا ؟ فعندهما لمّا كان لا يجوز لأحد الوصيين [2]أن يتصرف دون الآخر ، قالا ها هنا[2] إن الحاضر خصم عن الغائب

---

565 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

لأنه لا يتوصل إلى إثبات ولايته فى جواز التصرف إلا بوصية الآخر . فيكون إثباته لوصية نفسه إثبات وصية الغائب ، فلذلك (٣لم يحتج أن٣) يكلف الغائب إقامة البينة إذا قدم . وأما أبو يوسف فإنه لمّا كان من أصله جواز تصرف أحدهما لم يكن فى مسئلتنا الحاضر خصما عن الغائب (٤لأن له أن يتصرف مع غيبة الآخر إذا ثبتت وصيته ، فلا يكون فى إثبات وصيته إثباتُ وصية الغائب٤) . فلذلك كُلف الغائب إقامة البينة على وصيته. وأما إذا جحد الغائب الوصية فهو مثل الوصيين إذا قبِل(٥) أحدهما الوصية دون صاحبه ؛ لأن ها هنا أيضاً وصية الجاحد قد بطَلت والمدعى للوصية قد اعترف أن الموصى لم يرض برأى واحد ، فصار مثل ما ذكرنا من قبول أحد الوصيين دون الآخر //[ف١٢٦ب] .

566 باب الرجل يوصى إلى مَن لا تجوز الوصية إليه

قال(١): { ولو أن رجلا مسلماً أوصى إلى ذمىّ لم تجز الوصية إليه وأخرجه القاضى(١) من الوصية ، وجعل وصياً مكانه } . هذا قولهم جميعاً . قال (٢ أبو بكر٢) : والعقد واقع لو تصرف فيه جاز تصرفه ، إلا أن على القاضى أن يخرجه من الوصية ، كما نقول فى البيع الفاسد إن الملك واقع للمشترى// [ل ١٤٩ أ] بالقبض ، ولو تصرف فيه جاز تصرفه ، ومع ذلك فعلى القاضى أن يفسخ الملك(٣) إذا ارتفعا إليه . وإنما قلنا إن العقد واقع لأن النهى لم يتناول نفس(٤) العقد وإنما تناول معنى فى العاقد لأجل الدين ، فلا يمنع وقوع العقد

---

(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ف .

566 (١) ساقط من ل . (٢) ف : رحمه الله .
(٣) ساقط من ف . وفى ج : ذلك . (٤) ف : معنى .

بدلالة عقد الوكالة بينه وبين الذمىّ . والمعنى (٥الجامع بينهما٥) تمليك التصرف من جهة المالك مع كون الملك له ممن يملك التصرف احترازا(٦) من الصبي والعبد والمجنون . وهذا على أصل محمد بيّـن ، لأن تصرف الوصى من جهة الآمر عنده ، فصار مثل الوكيل . وعلى قولهما لا يتصرف من جهة الآمر وإنما يتصرف من جهة الولاية . إلا أنه مع ذلك لم يخرج من أنه يملك التصرف ابتداء من جهة الآمر ، (٧فعلـّتـُـهما صحيحة٧) فى قولهم جميعاً ، سواء قلنا : إن المعنى الجامع بينهما تمليك التصرف (٩من جهـة المالك٨) مع كون الملك له ممن يملك التصرف . (١٠فإن قيل : إن الوصية إنما ثبتت بالموت ، وفى ذلك الحال لا يملك الميت شيئاً ، فلا يوجد من الوصى المعنى الذى وجدنا فى الوكيل وهو وجود تمليك التصرف من جهـة المالك . قيل له . إن جهة الوصية وإن كانت معلقة بموت الموصى فإنها تنفذ بالقول المتقدم ، وقد ملـّكه إياه للتصرف بعد موته . وهذا ما لاخلاف فيه بين الناس ، أن الميت يملك تمليك التصرّف من الوصى بعد موته . فإذا كان كذلك صار من جهة الحـكم كالمالك للتصرف فى تلك الحال ، فلا فرق بينه وبين الوكيل من هذه الجهة١٠) .

وإن شئنا رددنا الوصية التى إلى الذمّى (١٢إلى الوصية التى إلى المسلم الحر والمعنى الجامع بينهما كون الوصى حراً بالغاً يملك التصرف ، فلا يلزم علـّتها وصية العبد والوصى والمجنون . وهذا [أعوز](١١) للنظر ، وهو مستمد على قولهم جميعاً١٢) . وأما القاضى فإنما يخرجه من الوصية لأن تصرف الوصى

---

(٥) ساقط من ل .
(٦) ل : حتى لايلزم عليها .
(٧) ل : فعلينا تصحيحه .
(٨) ف : الملك .
(٩) ساقط من ل .
(١٠) ساقط من ل .
(١١) ف ، ج : أعود .
(١٢) ل : اذا أوصى إلى المسلم انه يجوز والمعنى كون الوصىّ حرا بالغا ممن يملك التصرف .

عند أبي حنيفة من جهة الولاية ، ولا ولاية للذّمي على المسلم . وأيضاً فإن الذمي لا يأمن أن يشترى على مال الميت ما لا يحل فى دين المسلمين ، والقاضى // [ف ١٢٧ أ] مأمور بأن يحتاط فى مال الميت ، فينبغى أن يخرجه من الوصية لكى لا يتصرف فى ماله على وجه محظور فيلحقه الضرر بذلك كما قالوا جميعاً فى الوصى إذا كان مسرفاً فى الإنفاق على الصغير مفسداً فى التصرف فللقاضى أن يخرجه من الوصية . كذلك الذمى . ولا يلزم على هذا الوكيل ، لأن القاضى لا ولاية له على الموكّل الحى . فليس له أن يُخرج الذمى من الوكالة ، وإن كانت وكالته مكروهة عند المسلمين لِما قلنا إنه لا يأمن من شراء ما لا يحل عندنا. وأما على أصل محمد فإنه لا يجوز له أن يحتج بالوجه الأول وهو كون تصرف الوصى من جهة الولاية ، لأن محمدا يجعل تصرفه فى أكثر أحواله كتصرف الوكيل . (١٣) إلا أن الوجهين الآخرين يجوز أن يحتج بهما جميعاً له على ما بيّنا(١٣) .

567 قال : { ولو أوصى إلى عبد أو صبي أخرجهما القاضى من الوصية } . أما الصبي فقوله كلاَ قول ، فلا تجوز وصيته أصلا ، (١) كما لا تصح وكالته لأنه ممن [لا] يلزمه شيء // [ل ١٤٩ ب] من حقوق العقد فصار كالمعبر والسفير . وهذا وان جاز فى الوكالة فيكون فيها بمنزلة الرسول . فإنه لا يجوز فى الوصية لأن الوصى لا يجوز أن يتعلق به حقوق العقد ويكون فيه كالمعبر(١) ، لأنه قائم مقام الميت ولأن حقوق العقد لا تخلو من أن يلزم العاقد أو المعقود له إذا كان بعينه . فنحن لو لم نُلزم الوصى حقوق العقد وجب أن يلزمها الميت أو الصبي . والميت والصبي(٢) جميعاً لا يجوز أن يلزمها شيء فى حال موت الميت وصغر الصبي بعقد يعقده غيرهما . فإذا كان كذلك لم يجز أن يُجعل

---

(١٣) ساقط من ل .

567 (١) الاعتماد هنا على ل . وف بنفس المعنى ، لأنها فيها إعادة .

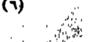
(٢) ساقط من ل .

الصغير وصياً بحال إذ لم يجز أن يلزمه حقوق العقد فيُمنع من كونه وصياً . وهذا بيّن فى الصبي المحجور عليه . ألا ترى أنه لو أقر على نفسه بدين لم يجز ، فكيف يجوز أن يلزمه حقوق عقد غيره ؟ وأيضاً كما لا يجوز أن يعقد لنفسه فهو على عقد غيره أحرى أن لا يجوز[٣] ، لأن المعنى المانع من تمليكه عقد نفسه إنما هو كونه ممن لا يملك التصرف . وقوله كلاً قول فى الحكم . وهذا موجود فى عقد غيره . وأما العبد فهو مثل الذمى فى باب أنّ عقد الوصية واقع ، لأنه ممن يملك التصرف إلا أنه ممنوع من ذلك بحق[٤] المولى . ألا ترى أن إقراره على نفسه جائز ، ويؤخذ به بعد العتق ؟ فإذا كان كذلك فالعقد واقع به بدلالة الحر المسلم الذى له قول صحيح . وهذا بيّن[٥] فى العبد[٥] إذا كان مأذوناً ، [٦]لأنه يتعلق به حقوق العقد أيضاً إذا كان مأذوناً ، وهو ممن له قول فصار بمنزلة الحرّ المسلم البالغ[٦] . وأما إذا كان محجوراً فإن حقوق العقد إنما تلزمه لحق الغير . ألا ترى أنه يؤخذ بحقوق العقد // [ف ١٢٧ ب] بعد العتق فلا يمنع ذلك إيقاع عقد الوصية . إلا أن على القاضى أن يخرجه من الوصية لأنه عبد ولا ولاية للعبد على أحد . وقد بينا أن تصرف الوصى من جهة الولاية على قوله . وأيضا فإن العبد لا يملك التصرف بنفسه [٧]وإنما يملك من جهة المولى ، فصار فى هذا مثل الصبي لكونه غير مالك للتصرف بنفسه[٧] .

568 قال : { فإن لم يُخرج القاضى الذمى ولا العبد ولا الصبي من الوصية حتى أسلم الذمى وأعتق العبد وبلغ الصبي فإن أبا حنيفة قال: وصية الذمى والعبد جائزة ، ولا تجوز وصية الصبي .وعند أبي يوسف تجوز الوصية إليهم جميعاً } . ولم يذكر قول محمد . أما الذمى والعبد فإنما جازت الوصية إليهما عندهم جميعاً لأن عقد الوصية إليهما قد وقع ، وإنما منعناهما من التصرف لمعنى فى غير العقد

---

(٣) ف : يملك .
(٤) ل ، ج : الحق .
(٥) ساقط من ف .
(٦) ساقط من ل .
(٧) ساقط من ل .



وهو كفر الذمى ورقّ العبد . فلما زال ذلك المعنى قبل إخراجهما من الوصية لم يجز للقاضى // [ل ١٥٠ أ] أن يخرجهما منها لمعنى قد زال عنهما . وأيضاً فإن ابتداء حال الوصية آكد من حال البقاء . ألا ترى أن الموصى لو أوصى بملك الغير فى الابتداء لم يجز وإن ملكه فى الثانى ، ومع ذلك قد كان[1] بقاء الوصية فى ملك الورثة ، وتكون موقوفة على إجازتهم . فإذا كان كذلك فابتداء الوصى الذمىّ بعد الإسلام ، والعبد بعد العتق جائز . ولا يمنع البقاء أيضاً . ولا يلزم على هذا وصية الصبى بعد البلوغ لأن الوصية له قبل البلوغ لم تكن واقعة حتى يجوز أن يقال : إن البلوغ لا يمنع بقاءها كما لا يمنع ابتداءها . [2]ووصية العبد والذمى واقعة باقية إلى حال الإسلام والعتق فلا يمنع[2] البقاء بعد ذلك مع جواز ابتدائهما فى الحال . وأما أبو يوسف فإنما أجاز وصية الصبى بعد البلوغ ، وفرق بينهما وبين سائر العقود التى يعقدها فى حال الصغر ثم يبلغ أنها لا تجوز ، وكذلك حكم الإقرار لا يلزمه عندهم جميعاً ، لأن من أصله أن الموصى[3] لو قال : إذا أدرك ابنى هذا فهو وصى يكون وصياً إذا أدرك وإن لم تصح وصيته فى الحال . وكذلك هذا وإن لم يكن وصيا[4] فى الحال فإن الموصى قد جعله وصيا بعد البلوغ لأن الوصية مطلقة[4] فى حال الصغر والكبر جميعاً . فلما لم تثبت وصيته فى حال الصغر ولم يخرج منها حتى صار إلى حال يجوز إليه فيها الوصية صحت بقول الموصى أنه وصى ، لأن جعله وصياً فى جميع الأوقات إلى أن مات . وأما أبو حنيفة فإنه لم يجوّز ذلك كما لا يجوز عنده لو قال . إذا أدرك ابنى هذا فهو وصى ، لأن نفس العقد لم يقع ، لأن قوله كلا قول بدلالة قوله فى الإقرار وسائر العقود : إنها لا تنفذ بعد البلوغ لكونها غير واقعة فى الحكم . كذلك ما ذكرنا من الوصية // [ف ١٢٨ أ] فيجب أن لا يصح فى الثانى .

---

568 (١) ل جاز . (٢) ساقط من ل .

(٣) ف : الوصى . (٤) ساقط من ل .

569 مسـألة[1]

قال : { ولو أن رجلا أوصى إلى عبده ، وورثته صغار ، فهو جائز . وإن كان فيهم كبير لم تجز الوصية إليه . وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا تجوز الوصية إلى عبده بحال } . قال [2]أبو بكر الشيخ[2] : هـذه المسئلة مشكلة على مذهب أبي حنيفة ، خاصة[3] إذا كان الموت يوجب قطع الإذن من المولى والحجر على العبد ، [4]لأن العبد يصير محجوراً[4] ، وتصرف المحجور عليه لا يجوز . إلا أنه ليس معنا[5] أن الإذن ينقطع بالموت ، فوجه مشكلتنا الموت ، ويجوز أن لا ينقطع . [6]فإن حملنا المسألة على أن إذن المولى لا ينقطع بموته[6] فوجه مسئلتنا على هذا الأصل أن الصغار ممن يولى عليهم والأب قد جعل الأمر إلى العبد وأذن له في ذلك ، فجاز تصرفه عليهم كما جاز في حياة الأب بإذنه . والمعنى الجامع بينهما كون العبد مأذوناً في التصرف على من يملك الإذن في التصرف عليه . ولا يلزم على هذا // [ل١٥٠ ب] الورثة إذا كان فيهم كبير لأن العبد وإن كان إذن المولى لم ينقطع في ذلك فإن الـكبير لا ولاية[7] عليه . فلا يملك العبد التصرف عليه كما كان المولى نفسه لا يملك التصرف عليه . [8]فإذا لم يملك التصرف على الـكبير ، ملك الـكبير تصرفه في نفسه من العبد ، فصار ذلك النصيب من العبد محجوراً عليه[8] . فإذا صار بعضه محجوراً عليه صار الـكل محجوراً لأن الحجر لا يتبعض . وأيضا إذا ثبت أن نصيب الـكبير لا يجوز أن يكون وصيا فيه[9] لثبوت ولاية الـكبير

---

569 (١) ساقط من ل

(٢) ف : شيخنا رحمه الله .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ل .

(٥) كذا في الأصل .

(٦) ساقط من ل .

(٧) ف : يولى .

(٨) ساقط من ف ، ج .

(٩) ساقط من ف .

عليه ، لم يجز أن يكون فى الباقى أيضا وصياً ، لأنا لم نجد فى الأصول شخصاً واحداً نصفه وصى ونصفه غير وصى ، فتبطل وصيته من هذه الجهة أيضاً . وليس كذلك الورثة إذا كانوا كلهم صغاراً لأن العبد وإن كان ملكا لهم فإنهم لا يملكون التصرف عليه بدلالة أنهم ممن يُتولّى عليهم ، فلا يملكون ولاية أنفسهم فى التصرف . فإذا كان كذلك وثبت أن مالك العبدَ فى هذه الحال لا يلى عليه وإن كان مَن له التصرف على الصغار قد أقامه مقام نفسه جاز تصرفه عليهم مع كونه ملكا لهم . وليس هذا لعبد غيره . إن الوصية إليه غير جائزة سواء كان مأذوناً أو محجوراً ، لأن الموصى وإن أقامه مقام نفسه فإن العبد لا يملك التصرف من جهة مولاه ويُولى عليه ، فصار مثل الصبى الذى لا يملك التصرف[10] عليه ، فلا تصح الوصية إليه . وأما هذا العبد فلا يلى عليه أحد بعد موت الموصى ، وهو ممن يلى فى هذه الحال إذا كان إذن المولى له باقياً ولا يلى عليه أحد ، فصار كالحر من هذه الجهة لكونه ممن يلى فى الحال ولا يولى عليه ، وأما إذا // [ف١٢٨ب] يصير العبد محجوراً عليه بموت المولى وينقطع إذن المولى فإن وجه المسئلة مشكل على هذا . وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد فقالا : إن العبد قد صار محجوراً عليه بموت الموصى ، وتصرف المحجور عليه غير جائز على أحد . فوجب ألا تصح الوصية إليه .

570 قال : { ولو أوصى إلى مُكاتَبه كان جائزاً } لأن المكاتب يملك التصرف بنفسه ولا يصير محجوراً عليه بموت المولى ، ولا يولى عليه سواء كانت الورثة صغاراً أو كباراً . فإذا كان كذلك صار مثل الحر فى باب جواز الوصية إليه لكونه مالكا للتصرف بنفسه ، وليس هناك من يُولى عليه [1] وسواء كان المكاتب للموصى أو لغيره لوجود المعنى الذى قلنا فيهما جميعاً[1] .

---

(١٠) ف : ويولا .

570 (١) ساقط من ل .

571 قال : { وإن//[ل ١٥١ أ] لم يوص إلى أحد ولكن قال : إذا أدرك ابني فلان فهو وصي في كذا وكذا فإن أبا حنيفة قال : لا يكون الإبن وصياً إذا بلغ أيضاً . وقال أبو يوسف : يكون وصياً . وينبغي أن يكون قول محمد أيضاً } . قال [١]أبو بكر[١] : وذكر محمد في الأصل : لو قال : قد أوصيت إليك فإذا قدم فلان فهو وصي دونك ، إن القادم يكون وصياً . [٢]ولم يذكر خلافاً . وقال أبو يوسف في موضع آخر : إن القادم كان وصياً[٢] ولا يخرج الأول أيضاً من الوصية . وها هنا قال : لا يجوز أن يكون الإبن وصياً عند أبي حنيفة سواء كان أوصى إلى غيره إلى وقت بلوغ ابنه ثم يكون الإبن وصياً أو لم يوص إلى غيره في الابتداء أو يترك الأمر على بلوغ الصبي . فإن الإبن لا يكون وصياً وليس ينبغي أن يكون من بين هذه المسئلة وبين مسئلة القدوم فرّق على قوله . فوجه قوله : إن من أصله تصرّف الوصي من جهة الولاية فلا يتبعض في وقت دون وقت كما لا يتبعض في شيء دون شيء عنده[٣] . فإذا كان كذلك وثبت أن الإبن ليس يجوز أن يكون وصياً في حال الصغر لو أوصى إليه لم يجز أن يكون وصياً بعد البلوغ إذ الوصية لا تتبعّض : إما أن يكون وصياً في جميع الأشياء وفي جميع الأوقات على العموم ، وإما أن لا يكون وصياً في شيء من الأشياء ولا في وقت من الأوقات . وقد بينا أن هذا لا يجوز أن يكون وصياً في وقت ما ، فوجب أن لا يكون وصياً في سائر الأوقات . وينبغي أن تكون [٤]مسئلة القدوم[٤] مثل هذا للعلة التي بينا ، [٥]وأن يكون ما لزمنا من مسئلة القدوم على المسئلة المتقدمة إذا أوصى إليه بشيء بعينه يكون وصياً على العموم . وعند أبي حنيفة لا يكون سؤالا عليه[٥] إذا كان القياس

---

571 (١) ف : رحمه الله .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ساقط من ل .
(٤) ل : المسئلة المتقدمة .
(٥) ساقط من ل .

وجب أن لا فرق بين المسئلتين عن أصله ، (٦) فتكون المسائل مستمدة على أصل // [ف١٢٩ أ] واحد(٦) . وهو أن تصرفه من جهة الولاية فلا يتبعض غير مسئلة الوصيين ، فإنه لم يجز تصرف واحد منهما دون الآخر مع كونه متصرفا من جهة الولاية . وقد بينا أن العلة المانعة من تصرفه بنفسه (٧) دون صاحبه(٧) ليس كونه متصرفاً من جهة الولاية ، وإنما هى أن الموصى لم يرض برأى أحدهما وولايته دون الآخر . فلذلك لم يجز له أن يتصرف وحده وليس يمنع(٨) أن يكون التصرف عاما فى جميع الأشياء من جهة الولاية. ومع ذلك (٩) يكون ممنوعا من التصرف وحده عنده . ألا ترى أن الأب يتصرف من جهة الولاية(٩) ومع ذلك يقول فى الاثنين لا يتصرف أحدهما على الصغير دون الآخر لأنه // [ل ١٥١ب] يكون أحوط لمال الصغير . وكذلك قالوا جميعاً إن الموصى إذا أوصى إلى رجل واحد كان الوصى مالكا للتصرف فى مال الموصى على العموم . ومع ذلك لو أن القاضى رأى أن يضم إليه آخر ليكون أحوط لمال الميت كان له ذلك ، ولا يكون لوصى الميت أن يتصرف دون وصى القاضى مع كونه مالكا(١٠) للتصرف على العموم . كذلك نفس الوصية وإن اقتضت التصرف على العموم فان الموصى إذا لم يرض برأى واحد فلم يجز لواحد منهما أن يتصرف دون صاحبه . وليس فى هذا تبعيض للوصية لأنه لا شىء من الأشياء ينص عليه مما يتعلق بالأوصياء إلا وجائز لكل واحد من هذين أن يتصرف فيه بالوصية الأولى بأن انضم إليه إذن الآخر ، فيجوز تصرفه . وليس كذلك الوصى فى شىء بعينه أو فى وقت بعينه لأنا إذا لم نجوز تصرفه إلا فى الشىء الموصى به له فى الوقت الذى خصه

---

(٦) ف : وإذا كان كذلك جرت هذه المسائل كلها مجرى على أصل واحد .

(٧) ساقط من ل . (٨) ف : له أن يمنع .

(٩) ساقط من ل . (١٠) ف : مالكا .

بالتصرف كنا قد أبطلنا التصرف فى سائر الأشياء وسائر الأوقات من حيث لا يتوصل إلى تصرفه بحال إلا بعقد مستأنف . أما من جهة القاضى أو مَن يقوم مقامه فى التصرف على الصغير فيكون فى هذا تبعيض الوصية . (١١ ولا يكون فى الباب الأول تبعيض فى الوصية ١١) .

أما فى قول أبى يوسف فإن مسئلتنا مبنية على ماتقدم من رواية الخصاف أن عند أبى يوسف كل واحد من الوصيين يكون وصياً فيما أوصى إليه . فبعض الوصية فى تلك المسئلة على رواية الخصاف . كذلك ها هنا يجوز أن نبعض الوصية(١٢) فى وقت دون وقت . وقد قلنا فيما تقدم أن الذى حكاه عن أبى يوسف ينبغى أن يكون قول محمد وأن قول أبى يوسف مثل قول أبى حنيفة فى تلك المسئلة ، وأن كل واحد منهما وصى فى جميع المال كما قال محمد فى كتاب الوصايا . فمسئلتنا على رواية الخصاف بينة فى قول أبى يوسف . والصواب أن أن يكون هذا قول محمد ، وأن يكون قول أبى يوسف فى هذه المسئلة وفى تلك المسئلة // [ف ١٢٩ ب] المتقدمة مثل قول أبى حنيفة وأن تصرفه لا يتبعض فإن صح فى شىء أو فى وقت صح فى جميع الأوقات والأشياء على العموم . وإن بطل فى شىء بطل فى الكل . وهذا على أصله (١٣ أبين وأحرى ١٣) على المسائل من قول أبى حنيفة ، لأنه قال فى الوصيين(١٤) : يتصرف كل واحد منهما بنفسه دون إذن صاحبه فى جميع التركة لأن تصرفه من جهة الولاية . فينبغى على هذا القياس // [ل ١٥٢ أ] أن يتصرف فى جميع التركة إذا أوصى إليه بشى بعينه ، إذ الوصية لا تتبعض ، إذا ثبت فى شىء ثبت فى الكل .

572 قال : { ولو كان الميت لم يوص إلى أحد وله أولاد صغار وله أب

---

(١١) ساقط من ل . (١٢) ساقط من ف .

(١٣) ل : بين آخر . (١٤) ف : الوصية .

كان أبوه بمنزلة الوصى فى جميع ما ترك الابن { يعنى ابن الجد — وذلك أن الجد يملك التصرف على الصغير إذا لم يكن هناك أب أو وصية ، عند الجميع لا اختلاف فيه .(١) فإذا كان كذلك وجب أن يتصرف الجد فى مسئلتنا أيضا على الصغار وينفذ وصايا الميت كما كان الوصى ينفذها لو كان هناك وصى(١) .

573 قال : { ولو كان على الميت دين كثير والورثة صغار فترك متاعا وعقاراً لم يكن للجد أن يبيع شيئاً من ذلك { لأن الجد إنما يتصرف على الصغير دون الميت ، لأن تصرفه غير جائز على الميت إذا لم يكن الميت أقامه مقام نفسه فى التصرف عليه ، ولا يملك التصرف على الميت فى حال موته لأن الميت كان يولى عليه فى حال حياته . فإذا كان كذلك ثبت أن تصرف الجد على الصغير دون الميت وليس فى بيع التركة . ها هنا تصرف على الصغير لأن الصغير لا يملك التركة إذا كان هناك دين كثير فيكون باقيه على ملك الميت لحق الغرماء ، فليس للجد أن يبيع على الميت ولا على الغرماء شيئاً(١) .

574 فصـــل(١)

قال : { ولو أن رجلا أذن لابنه الصغير فى التجارة فاستدان ديناً ، ثم مات الابن الصغير وترك مالا وعقاراً والدين يحيط بما ترك لم يكن لأبيه أن يبيع شيئاً مما ترك الابن { . وهذا بين على العلة المذكورة فى المسئلة الأولى وهو أن الجد لم يكن يملك التصرف على الميت فى حال حياته ، فلا يملكه بعد موته أيضاً إذا لم يوص إليه . وها هنا أيضاً الأب لم يكن يملك التصرف فى مال الصغير // [ف ١٣٠ أ] إذا كان عليه دين يحيط بما له لحق الغرماء

572 (١) ل : انه بمنزلة الأب ، وهذا فى استحقاق الولاية على الصغار وانفاذ الوصايا .

573 (١) مزيد هنا فى ف شرح بنفس المعنى فلا فائدة فى إثباته .

574 (١) ساقط من ل .

كذلك بعد موته . وكذلك العبد المأذون إذا مات وعليه دين أو حجر عليه المولى ، لم يكن للمولى أن يبيع ملكه لحق الغرماء كما لم يكن يملك التصرف فيه حال حياة العبد وإذنه له . كذلك بعد موته وانقطاع إذنه .

575 باب ما لا يجوز من فعل الوصى أن يفعله فى مال اليتيم

قال : { وليس للوصى أن يشترى شيئاً من تركة الميت ، فإن اشترى شيئاً نظر فى ذلك ، فإن كان // [ل ١٥٢ ب] خيراً لليتيم جاز عند أبى حنيفة وإن لم يكن خيراً له لم يجز . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز شراؤه من مال اليتيم فى الوجهين } . قال الشيخ : القياس يمنع جواز شراء الوصى من مال اليتيم على كل حال لأنه يشترى من نفسه لنفسه[1] . والإنسان لا يكون بائعا من نفسه ومشتريا لنفسه . ولهذه العلة أيضاً قالوا فى الأب إنه لا يجوز أن يشترى شيئاً من مال الصغير فى القياس . ولكن استحسنوا فأجازوا شراءه منه مما يتغابن الناس فيه مثل ما يبيعه من غيره عندهم جميعاً فى الأب . وأما فى الوصى فإنه إذا كان خيراً لليتيم فإنه يجوز عند أبى حنيفة استحساناً .[1] ووجه الاستحسان فى الوصى فى قول أبى حنيفة[1] قوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾[2] فمنع أن يقرب أحد مال اليتيم فاستثنى حال الإحسان له والأحسن له — أن يكون قيمة ما أعطاه أكثر مما أخذه من اليتيم [3] فإذا وُجد هذا المعنى جاز بالظاهر ، وما عدا هذه الحال لم يجز لعدم الظاهر إذ القياس يمنعه[3] . وأما أبو يوسف ومحمد فحملا أمره على القياس وفرّقا بين الأب والوصى فقالا : [3] لا يكون الأب يملك التصرف

575 (١) ساقط من ل .
(٢) سورة الأنعام ، ٦ : ١٥٢
(٣) ساقط من ل .

عليه بنفسه ويحتاط في مال الصغير ما لا يحتاط غيره . وليس هذا المعنى موجوداً في الوصي . ووجه الاستحسان في جواز شراء[٣] الأب من مال الصغير وإن لم يكن قيمة ما أعطاه أكثر مما أخذه من مال الصغير إذا كان ذلك مثل ما يتغابن الناس فيه إذ الأب يستحق الولاية على ابنه الصغير بنفسه فصار ، كولاية الإنسان في مال نفسه . والمعنى الجامع بينهما كونه مالكا للولاية للتصرف بنفسه . فإذا كان كذلك صار الأب في بيع مال الصغير كالصغير بنفسه إذا باع وهو كبير واشترى الأب لنفسه فيجوز . وهذا المعنى غير موجود في الوصي .

576 قال : [وليس لأحد الوصيين أن يبيع شيئا من الوصي الآخر من مال اليتيم في قول أبي حنيفة ومحمد[١] ، ويجوز في قول أبي يوسف إذا لم يكن فيه محاباة]. ووجه قول أبي حنيفة إن أحد الوصيين ليس له أن يتصرف في مال اليتيم[٢] // [ف ١٣٠ ب] دون صاحبه عنده . فكذلك ها هنا إذا باع أحدهما من صاحبه ، فقد تفرّد البائع بالبيع دون صاحبه فلا يجوز عنده . فقيل للشيخ رحمه الله : فَلِمَ لا يكون دخول الآخر معه في عقد البيع والشراء إذناً منه [٣] لصاحبه في البيع[٣] ، فقال : [٤] لا يكون إذناً [٤] لأن إذن الإنسان لا يصحّ في بيع ما يشتريه هو . ألا ترى أن الوصي لو وكّل رجلا ببيع مال اليتيم جاز ، ولو وكله بأن يبيعه منه لم يجز لأن الوكيل يقوم مقام الموكّل فصار الموكل نفسه ، وهو الوصي ، بائعاً من نفسه ومشتريا لنفسه في التحقيق // [١٥٣ أ] ، فلا تصح الوكالة بذلك . فإذا كان كذلك لم يكن دخوله في العقد[٥] مع الوصي الآخر إذنا له [٦] في البيع[٦] . وأما على أصل

---

(٣) ساقط من ا .

576 (١) ساقط من ف . (٢) ف : الصغير .
(٣) ل : في ذلك . (٤) ساقط من ف .
(٥) ل : المعنى . (٦) ساقط من ل .

أبي يوسف فإنه يجوز لأن من أصله جواز تصرف أحد الوصيين دون الآخر . فكذلك ها هنا إذا انفرد أحد الوصيين بالبيع جاز ويكون شراء صاحبه منه لنفسه صحيحا ، كما يجوز بيعه من غيره ، لأن الذى منع جواز شراء الوصى من مال اليتيم عنده وعند محمد كون الرجل الواحد بائعا ومشتريا ، لأن ذلك معدوم فى الأصول إلا ما خص الأب للعلة التى ذكرناها . وها هنا للمعنى المانع[٧] من جواز شراء الوصى معدوم لأنه قد حصل فى العقد بائع ومشتر فيجوز كما يجوز فى سائر الناس .

577 قال : [وليس للوصى أن يُقرِض من مال اليتيم شيئا ، وإن أقرضه صار ضامنا له] ، لأن القرض تبرع ، وليس لأحد أن يتبرع بمال اليتيم . والذى يُبين أن القرض تبرعٌ اتفاق الجميع على أنه لايجوز للمأذون والمكاتب أن يُقرضا لأنه ليس لهما أن يتبرعا بما فى أيديهما ، فمُنعا[١] من القرض كما مُنعا من الهبة والصدقة لكونهما تبرعا . وأيضا فإن الذى يأخذه المقرض من المستقرض من الثانى[٢] غير مأخوذ على وجه البدل ، لأنه لو كان كذلك [٣] كان ذلك بيعاً ، ولو كان بيعا ما جاز أن يفارقه حتى يقبض[٣] . كما لايجوز فى عقد الصرف لأنه يكون حينئذ تمليك ذهب بذهب أو فضة بفضة . فلا يجوز أن يفارقه فى هذا من غير قبض : فلما اتفق الجميع على افتراق[٤] المقترض والمستقرض قبل أن يحصل للمقرض بدلُ ما أقرض صاحبه ، علمنا أن المأخوذ فى الثانى[٢] ليس على وجه البدل . وإذا كان كذلك حصل القرض

---

(٧) ساقط من ل .

577 (١) ل : جميعا .

(٢) كذا فى الأصل ، ولعل المراد : العوض أو ما شابه ذلك .

(٣) ف : ما جاء الافتراق عن غير قبض .

(٤) ل : جواز مفارقة .

للمستقرض بغير بدل فصار مثل الهبة . فكل من لا تجوز هبته لا يجوز قرضه . فلما كان الوصى لا تجوز هبته لمال اليتيم كذلك لا يجوز قرضه . (٥ولا يلزم هذا قرض٥) القاضى لغيره من مال اليتيم . (٦ إنه يجوز٦) لأن قرض القاضى لا يكون تبرعا لأن فعله واقع على وجه الحكم . ألا ترى أنه متى ما أراد يأخذ القرض من المستقرض به من غير ارتفاع إلى قاض وإقامة البينة على ذلك إن جحد ؟ فصار بمنزلة // [ف ١٣١ أ] الشيء المحكوم به عليه . فاذا كان كذلك لم يكن واقعا على وجه التبرع ، وإنما يكون واقعا على وجه الحكم . فصار كأنه قال : // [ل ١٥٣ ب] قد دفعت إليك هذه الألف درهم من مال اليتيم وحكمت له عليك بألف درهم ، فيكون ذلك أحوط لمال الصغير وأنفع له . فلا يكون ذلك تبرعا . وهذا المعنى غير موجود فى قرض الوصى ، لأن قوله وفعله لا يكون حكما على أحد ، ومتى ما أراد إثبات شيء احتاج إلى إقامة البينة على قوله(٧) . فان كانت له بينة وإلا لم يقدر على إثبات شيء على المدعى عليه . فاذا كان كذلك لم يخرج القرض من حال التبرع فلا يجوز .

578 قال : { ولا يجوز إقرار الوصى بدين على الميت ولا بوصية أوصى بها الميت لإنسان ، ولا شيء فيما فى يديه من تركة الميت إن ادعاه إنسان وأقر به الوصى . فاقراره باطل إلا أن يكون وارثا فيجوز فى نصيبه دون نصيب سائر الورثة } . وذلك أن حكم إقرار الإنسان أن يكون مقبولا على نفسه ، غير مقبول على غيره ، (١ فلا يجوز إقرار الوصى على اليتيم١) . وأيضا فان الوصى قام مقام الأب ، والأب لو كان حيا لم يجز إقراره على الصغير .

(٥) ل : وليس هذا القرض .

(٦) ساقط من ل .

(٧) ف : دعواه .

578 (١) ساقط من ف .

كذلك الوصى . وأيضاً فإن هذا الإقرار من الوصى على وجه الشهادة بدلالة أنه لو ضم إليه شاهداً آخر يشهد بمثل شهادته حكم للطالب بالمال . فإذا كان كذلك لم يجز قبول قول شاهد واحد على المشهود عليه فى الأصول فيبطل . وأما إذا كان وارثاً فإنما جاز فى حصته لأنه أقر على نفسه ، ويجوز إقرار الإنسان على نفسه .

579 قال : { وليس للوصى أن يبرىء أحداً من غرماء الميت ولا يحط عنه شيئاً ولا يؤجله بما عليه } ، من قِبل أن فى هذا ضرراً على الميت والصبى ، وليس للوصى أن يُضرّ بالميت ولا بالصبى ، لأنه لو فعل ذلك خرج من أن يكون وصيّاً لا ولاية لأحد على الصبى ولا على الميت فيما يضر به .

580 قال : { ولا يصالح من حق الميت على إنسان — يعنى لا يصالح على معنى أن يحط عن المطلوب شيئاً بالصلح . فإذا لم يحط عنه شيئاً وصالحه بما عليه على مال قيمته مثل قيمة ما عليه ، كان جائزاً وصار مثل الدين الذى عليه بمثل قيمته ، فيجوز } . وأما على الوجه الأول فإنما لم يجز لأنه ممنوع من براءة المطلوب من الدين ، فلا يجوز تصرفه .

581 قال : { ولا يصالح[1] أحداً ادعى على الميت شيئاً فيصالحه على مال الميت فيدفعه إليه إلا أن يكون للمدعى عليه بينة تشهد له على الحق الذى ادعاه على الميت[2] ، وهى بينة عادلة ويكون القاضى قد قضى له بحق على الميت } لأنه // [ف ١٣١ ب] إذا // [ل ١٥٤ أ] صالحه عن دعوى المدعى من مال الميت قبل ثبوته على الميت ، فإنه قد ملك غيره من مال الميت مالا من غير حصول البدل للميت فى الظاهر . فصار كالهبة فلا يجوز . وأما إذا صالحه عنه

---

581 (١) ساقط من ف . (٢) ف : الشاهد .

بعد ما ثبت ، فهذا إن كان فيه حط ، فهذا أنفع للميت [٣] لأن فيه حط بعض ما عليه [٣] ، وإن لم يكن فيه حط فهو قضاء دين الميت . وللوصي أن يقضي دينه .

582 باب ما يكون فيه قبول الوصية وما يكون ردا لها

قال[١] : { ولو أن رجلا أوصى إلى رجل ، فقال الموصى إليه في وجه المريض الموصي : لا أقبل هذه الوصية ، ثم مات الموصي ، فليس للوصي أن يقبل بعد ذلك ، وقد بطلت الوصية إليه بالردّ } لأن هذا ليس بعد تمليك وإنما هو عقد إباحة . وقد وقع في وجه الموصي في الحال وإن كان تصرف الموصي يتعلق على ما بعد الموت . فإذا رده في وجهه صح الرد ، مثل الموكل إذا قال للوكيل : إذا جاء غد فأنت وكيلي في بيع هذا العبد ، إنه يكون وكيلا له إذا جاء[١] غد ، ومع ذلك لو رد الوكالة في وجهه قبل مجيء غد انفسخت : فكذلك الوصية . والمعنى الجامع بينهما كون كل واحد من العقدين عقد إباحة دون التمليك . ولو كان رده في غير وجهه في حال حياته أو بعد موته لم يكن رده رداً لأن العقد قد صح من جهة الموصي فلا يصحّ فسخه إلا في وجهه ، كالوكالة لا يصح فسخها من جهة الوكيل بغير محضر من الموكل أو [مَن][٢] يقوم مقامه . وموته يوجب عدم الحضور ، فلا يصح الرد . فصار موقوفا على حكم القاضي الذي يقوم مقام الميت في صحة الرد إذا حكم به . فإذا قبله قَبْـل القضاء بالرد جاز قبوله .

قال[٣] : { والكتاب والرسالة بالرد إذا وصل إلى الموصي في حال حياته

---

(٣) ساقط من ل .

582 (١) ساقط من ل .

(٢) في الأصل : ما .

(٣) ساقط من ف .

يقوم مقام الرد فى وجهه { ، لأن الكتاب يقوم مقام الكاتب فى معنى العبارة عنه ، والرسول يقوم مقام المرسل فيما يعبر عنه . فلذلك صح الرد . فإن مات الموصى قبل وصول الكتاب والرسالة إليه لم يصح الرد كما قلنا فى الرد فى غير وجهه .

قال : { ولو كان قبلها //[ل ١٥٤ ب] فى حياة الموصى ثم ردها فى وجهه كان ذلك رداً { ، كما قلنا فى الوكالة . ولو كان رده بعد موته لم يصح ، كما قلنا فى الوكالة إذا ردها فى غير وجه الموكل لم يصح رده . كذلك هذا .

583 قال : ولو كان أوصى لرجل بثلث ماله فقبل الموصى له الوصية فى حياة الموصى ، أو رد الوصية فى وجهه ، لم يكن قبوله ورده فى حياته شيئاً ما لم يمت الموصى . //[ف ١٣٢ أ] وقال زُفَر : يصح قبول الوصية وردها فى وجه الموصى كما قال فى الموصى إليه { . لأبى حنيفة (١ وسائر أصحابه ١) أن عقد الوصية للموصى له عقد تمليك ، فالقبول والرد يُعتبر بهما حال وقوع الملك بدلالة الزوج إذا قال لرجل : قد جعلت أمر امرأتى بيدك غداً ، كان قبوله ورده فى حال العقد وقبل مجىء الغد ليس بشىء ، ما لم يجىء الغد ، لأن الملك فيه يقع . كذلك ها هنا كان وقوع الملك للموصى له بعد الموصى ، ولم يكن لقبوله ورده الوصية فى حياة الموصى حكم ، ولا يلزم على هذا البيعُ إذا كان فيه خيارُ البائع لأن الملك لا يقع إلا بعد بطلان خيار البائع . ومع ذلك يُعتبر(٢) قبول المشترى البيع فى حال العقد دون غيره ، لأن عقد البيع لا يصح وقوعه من جهة البائع إلا بقبول المشترى . فإذا قبل المشترى صح وقوعه وتعلق به التمليك للمشترى فى الحال . إلا أن البائع قد شرط لنفسه فسخ العقد الذى تعلق به التمليك فيمنع وقوع الملك للمشترى ما لم يُبطل

---

583 (١) ل : ومن تابعه . (٢) ساقط من ف .

البائع خياره . فإذا بطل الخيار ملك المشترى بالعقد المتقدم ، ولا يملكه عند بُطلان الخيار[٣] . ألا ترى أنهم قالوا فى العبد المشترى إن صدقة الفطر على المشترى وإن كان بطلان خيار البائع بعد يوم الفطر ؟ فإذا كان كذلك لم يخرج[٤] العقد من أن يكون التمليك متعلقاً به ، فلذلك وجب أن يُعتبر القبول والرد حال العقد . وليست مسئلتنا أيضاً كالعتق على مال إلى سنة ، إن الرد والقبول فى حال العقد من جهة العبد وإن كان العتق قد صح من جهة المولى حتى لا يقدر على الرجوع فيه ، لأن عقد العتق ليس عُقد التمليك ، وإنما هو إسقاط الرق . فلا يلزم على ما قلنا . وأيضاً[٥] فإن العتق بالمال هناك يقع فى // [ل ١٥٥ أ] الحال عند القبول ، فصار من هذه الجهة كالبيع فى أن المعقود عليه يقع فى الحال ، فلذلك وجب أن يعتبر قبوله ورده فى حال العقد . وأما زُفر فإنه شبه الوصية بالمال بالوصية [للدوصى][٦] إليه والمعنى الجامع بينهما صحة العقد من جهة الموصى فى الوجهين جميعاً . ومسئلة الأمر بطلاق المرأة فى الغد لا يُعرف فيها قوله . فان ارتكب الباب مَرّ على القياس ، فحينئذ يحتاج إلى أن يرجع إلى معنى آخر فى الاستدلال على صحة مذهب سائر أصحابنا . فان قال فى تلك المسائل مثل قولهم لزمه أن يقول فى الوصية بمثل ما قالوا أيضاً ، لأن العلة فيهما واحدة على ما بينا .

584 باب فى إثبات الوكالة // [ف ١٣٢ ب]

{ وكالة الحاضر لا تجوز عند أبى حنيفة إلا برضاء الخصم ، وتجوز عند أبى يوسف ومحمد } لأبى حنيفة قول النبى صلى الله عليه وسلم لعلىّ رضى الله لا يخرج بتوكيل الوكيل من الخصومة ، فيلبغى أن لا يصح السماع من بينة

---

(٣) ساقط من ل .
(٤) ف : يخر .
(٥) ف : والثانى .
(٦) ل : بالموصى . ف : بالوصية .

584 (١) أنظر مسند بن حنبل ، ج ١ ، ص ٩٠

عنه « لا تقضينّ لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر »[1] ، والمدّعى عليه لايخرج بتوكيل الوكيل من الخصومة فينبغى أن لا يصح السماع من بينة المدعى حتى يحضر المطلوب . فإن قيل : إن الوكيل خصم[2] ، قيل له : أثبتْ أنه خصم فإنا لم نوافقك على هذا . [3]ومن جهة القياس ثلاثة معان ، أحدها[3] أن النبى عليه السلام قد أوجب على القاضى التسوية بين الخصوم . وليس من التسوية أن يكون أحد الخصمين قاعداً[4] فى منزله والآخر يتردد إلى باب القاضى . فإن قيل : إن الوكيل هو الخصم ها هنا ، قيل له : إن الموكّل لم يخرج من أن يكون خصما مع كون الوكيل خصما عنه ، فينبغى أن يسوّى بينه وبين المطلوب الذى كان خصمه فى الأصل . والثانى[5] أن الناس مختلفون فى الخصومات ، فبعضهم ألحَنُ[6] بالحجة من بعض . [8]والدليل على هذا قول النبى صلى الله عليه وسلم « ولعل بعضكم أن يكون ألحنَ بالحجة من بعض ، فمَن قضيتُ له بشىء من حق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار »[7] فبيّن صلى الله عليه وسلم أن بعضنا أقوم بالخصومات من بعض وأنّا ليس نتساوى فيها . فإذا كان كذلك كان[8] للمدّعى أن لا يقبل خصومة الوكيل لأنه لا يأمن أن يغلبه ويظهر عليه بالحجة وإن كان المدعى هو المُحق ، والثالث[9] فإن الخصومة حق المدعى يلزم المدعى عليه بدلالة أن القاضى // [ل ١٥٥ ب] يُعدى عليه ويحول بينه وبين تصرفه وأشغاله . فإذا كان كذلك لم يجز[10] له تحويلها إلى غيره إلا برضاء المدعى بدلالة أنه لو كان عليه دين وهو مقر به لم يجز له أن يحوّله إلى غيره إلا برضاء الطالب . والمعنى الجامع بينهما لزومه حق

---

(٢) ل : حضر .
(٣) ل : ووجه النظر .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ل : وأيضا .
(٦) ل : أقوم .
(٧) قال بل صحيح مسلم ، أقضية ، ٤ . ألحن أى أبلغ .
(٨) ساقط من ف .
(٩) ل : وأيضا .
(١٠) ف : يقدر .

الطالب فى الوجهين جميعاً . وهذه العلة مقصورة على وكالة المدعى عليه دون وكالة المدعى . والوجهان الأولان يعمّهما جميعاً .[11] إلا أنه إذا صح أن وكالة المدعى عليه لم تصح إلا برضاء المدعى كان وكالة المدعى أيضاً مثلها ، لا تصح إلا برضاء المدعى عليه لأن أحداً لم يفرّق بين الوكالتين[11] . وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما ذهبا إلى أن حق الخصم إنما هو الخصومة والتمكّن من إثبات حقه . ويمكن أن يثبت حقه على الموكل بخصومته للوكيل . فإذا لم يكن فى ذلك إبطال حقه جازت الوكالة .

585 فصـــل[1]

{ و لا خلاف بينهم أن المدعى أو المدّعى عليه إذا كان مريضاً أو مسافراً سفر ثلاثة أيام إن له أن يقيم لنفسه وكيلا . وكذلك لو كان حاضراً فأراد أن يسافر سفر ثلاثة أيام فصاعداً إن له أن يوكّل غيره فى الخصومة } ، لأن المريض لا يلزمه الحضور إلى عند القاضى لأنه لا يقدر على ذلك . فكذلك المسافر لا يلزمه الرجوع إلى عند القاضى . ولكن لو أراد خصمه مخاصمته مضى[2] إليه حتى يرفعه إلى قاضى ذلك البلد أو مَن يقرب إليه إن لم يكن هناك قاض . وكذلك لو أراد سفراً //[ف ١٣٣ أ] جاز أن يوكله لأنه وقتَ الخصومة يكون مسافراً فلا يلزمه الحضور إلى عند القاضى ، فإذا كان كذلك لم يثبت لخصمه حق الخصومة عليه ، إذ لم يلزمه الحضور فى هذه الوجوه كلها . فإذا لم يثبت عليه حق الخصم لم يمتنع تحويل الخصومة إلى غيره إذا كان المعنى المانع من الوكالة لزوم حق الخصم فى الخصومة ، فلا يقدر على تحويله إلى غيره . وهذا المعنى غير موجود ها هنا . ولا يلزم على هذا قول النبى صلى الله

---

(١١) ساقط من ل .

585 (١) ساقط من ل . (٢) ف : يمر .

عليه وسلم لعليّ رضى الله عنه « لا تقضيَنّ لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر » لأن المريض والمسافر لم يصيرا خصمين يلزمهما حق الخصومة لما بينا ، فيكون المراد غيرهما .

586 قال : { ولو ادّعى رجل أن رجلا وكّله بطلب كل حق هو له بالكوفة وقبضه وبالخصومة فيه ، جائز فيه ما صنع ، فحضر القاضيَ وجاء بالبينة على الوكالة والموكّل عليه ، ولم يُحضر الوكيلُ أحداً للموكّل قِبله حق ، فأراد أن يُثبت وكالته عند القاضى ، فإن القاضى لا يسمع من بينته حتى يُحضر خصما . فإن أحضر رجلا يدّعى عليه حقاً للموكّل ، والمدّعى عليه بذلك الحق مقرّ بالحق أو جاحد له فإن القاضى يسمع // [ل ١٥٦ أ] من شهود الوكيل على الوكالة وينفذ له الوكالة } . أما إذا لم يُحضر أحداً فإنما لم يقبل البينة لأن سماع البينة لا يصح على غير خصم . وليس ها هنا خصم تُسمَع عليه الشهادة ، فلذلك لم تُقبَل . وأما إذا حضر إنسان يدعى للموكل عليه حقاً فإن البينة تقبل على الوكالة سواء أكان المدعى عليه مقرّا بالحق أو منكراً له ، لأن المدعى عليه إن كان منكراً للحق فالوكيل يريد أن يثبت أنه خصم فى إثبات حق الغائب ، والحق يدعى إثباته على المدعى عليه ، فيكون خصما فى إثبات الوكالة التى يتوصل بها إلى إثبات الحق المدّعى . وإن كان المدعى عليه مقرّا بالحق فإن البينة تقبل أيضاً على الوكالة ، لأن كونه مقرا بالحق لا يوجب للوكيل حق القبض إذا كان المدعى عليه منكراً لوكالته بالقبض ، فلذلك كانت البينة على الوكالة مقبولة إذا أنكر المدعى عليه الوكالة . وأما إذا أقر بالوكالة فإنه يؤمر بتسليم ما أقر به إلى الوكيل وإن لم يقم الوكيل البينة لأن إقراره مقبول على نفسه ، ويؤمر بتسليم المال إليه حيث صدّقه بالوكالة .

587 قال[1] : { فإن قبل القاضى بينة الوكيل على خصم حاضر ثم أتى

---

587 (١) ساقط من ف .

برجل آخر يدعى عليه حقاً للغائب لم يكلّف إعادة البينة على ، الوكالة { من قبل أن المسئلة (٢) على أن الوكيل أقام البينة على أن الغائب وكله بكل حق له بالكوفة ، فإذا أقام البينة على هذا لا يجوز (٢) للقاضى أن يحكم خاصة على المدعى عليه الحاضر دون غيره إذ الحق الذى يدعى على الحاضر نفسه يثبت على الغائب من الخصوم الذين يحضر منهم فى الثانى . فإذا كان كذلك يحكم بوكالته على // [ف ١٣٣ ب] العموم على كل من كان بالكوفة إذا ادعى عليه حقاً للغائب الموكل ، ديناً كان أو غير ذلك من الحقوق ، إذا كانت الوكالة التى يدعيها عامة وإذا كانت خاصة على الأول ، لم يكن ذلك حكما على غيره بالوكالة .

588 قال : { ولو أن الموكل حضر ليوكل عند القاضى هذا الوكيل فقال : قد وكلتُ هذا الوجل بكل حق هو لى بالكوفة وبالخصومة فى ذلك ، جائز ما صنع ، وليس معهما أحد للموكل قبله حق ، فإن كان القاضى يعرف الموكل ويعلم أنه فلان بن فلان الفلانى ، قبلَ القاضى وكالته وأنفذها للوكيل . ويكون ذلك قضاء بوكالته على جميع الناس . وإن كان القاضى لا يعرفه ، لم يحكم بوكالته . فإن أراد الوكيل أن يقيم البينة على أن فلان الفلانى ، يعنى الموكل وكّله ، وهذا الرجل (١) والمدعى عليه غير // [ل ١٥٦ ب] [حاضرين] (٢) فإن القاضى لا يسمع من بينته { . أما إذا حضر الموكّل فإنما جاز له أن يسمع من الموكل بوكالة الوكيل لأنه ليس فيـــه أكثر من إقامة الموكل الوكيل مقام نفسه . وللموكل أن يفعل ذلك ، وللقاضى أن يسمع منه ، حتى إذا غاب الموكل لا يحتاج الوكيل إقامة البينة على الوكالة . وأما إذا لم يعرفه القاضى فإنما لم يقبل منه ، لأن القضاء على الغائب لا يصح إلا بالاسم والنسب . والقاضى إذا لم يعرف الموكل ها هنا ، فسمع منه أنه قد وكل هذا الحاضر وأنه فلان بن فلان الفلانى ، يعنى

---

(٢) ساقط من ل .

588 (١) أى الموكل . (٢) فى الأصل حاضر .

الموكل ، يجوز أن يكون هذا حيلة منهما : فيسمى الموكل نفسه باسم غيره ونسب غيره ، فإذا غاب الموكل جاء الوكيل بغرماء الرجل المسمى به الموكل وأخذ [منهم][٣] حق المسمى باسمه ، وإن لم يكن قد وكل هذا الوكيل بقضاء دينه واستيفاء حقوقه[٤] . وهذا لا يجوز لأن فيه إبطال حقوق الناس . وأما إذا كان القاضى يعرفه لم يمكن أن يحتال[٥] على أحد بهذه الحيلة ، لأن هناك لا يقضى بوكالة الغائب لهذا الحاضر بالإسم والنسب على وجه التزوير ، لأن القاضى الموكل باسمه ونسبه فلا يقدر على أن يزوّر عليه وينسب نفسه إلى غير أبيه ، ويسمى نفسه بغير اسمه ، حتى إذا غاب يأخذ الوكيل غير غرمائه بالحق . ولا يشبه هذا الإقرار بالمال لغيره ، إن للقاضى أن يسمع منه إقراره سواء كان يعرف المقر أو لم يعرفه ، لأنه ليس فى ذلك خوف من الحيلة لأن المقر له إذا جاء بغيره فقال : هذا هو المقرّ لى بالدين ، فإن القاضى يعرف أن هذا غير الأول بوجهه ، ولا يحتاج إلى اسمه ونسبه ، فإن خاف أن يشتبه عليه أمره حلاه ووصفه فى الكتاب . فمتى جاء[٦] المقر له بإنسان فقال : إن هذا المقر لى بالمال ، نظر فى حيلته وصفته ، فلا بد من أن يذكر [٧] أن توافق حيلته إن كان هو المقر ، ويأذن أن ينظر فى الحلية // [ف ١٣٤ أ] والصفة ولا يتذكر حاله ، أو أن الحلية[٧] توافق حيلة هذا الذى جاء به ، ولا يكون هذا هو المقر . فإذا كان مثل هذا لا يقع إلا شاذاً نادراً لم يمنع صحة سماع الإقرار بالدين . وفى مسئلتنا الحيلة ممكنة فى كل وقت على الوجه الذى ذكرنا : إن زيداً يجيء[٨] ويقول : أنا خالد بن عبد الله ، وكلت هذا لكل حق هو لى [٨] على هؤلاء[٨] ، فإذا غاب زيد [عن][٩] الوكيل ، وجاء بغرماء خالد عبد الله فطالبهم بقبض

---

(٣) فى الأصل : منه .

(٤) ساقط من ف .

(٥) ل : يحتاج .

(٦) ف ، ج : خالف .

(٧) ساقط من ل .

(٨) ساقط من ف .

(٩) الأصل : من .

الديون التي لخالد عليهم ، والموكل كان في الحقيقة زيداً غير خالد بن عبد //[ل ١٥٧ أ] الله فيحتاج القاضي أن يحكم للوكيل بقبض الديون من غرماء خالد من غير توكيل من خالد (١٠ إلى هذا١٠) . وهذا لا يجوز . وأما قبول بينة الوكيل على اسم الوكيل ونسبه ، فلأن البينة لا تُقبل على غير خصم ، وليس هناك خصم يُدعى عليه حق بالوكالة حتى يسمع بينته عليه ، ١٠ فلا يلتفت إلى بينته ، فإن غاب الموكل ثم إن الوكيل حضر القاضيَ ومعه رجل يدعي١٠ عليه بحق للموكل فأقام بينة أن فلان بن فلان الفلاني وكله بذلك ، فإن القاضي يقبل بينته لما بينا فيما تقدم من وكالة الحاضر من الغائب . فإن أراد من(١١) القاضي في هذه الوجوه أن يُصحح عنده الوكالة ويثبتها بالبينات ويأخذ كتابه إلى قاض آخر ، قبل بينته على غير خصم ، وذلك لما بينا فيما تقدم من كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق وأن بينة المدعي تقبلَ على الحق وإن كان المدعى عليه غائباً ، لأن هذه البينة لا يقع بها القضاء على الغائب . وإنما هي كإثبات الشهادة على الشهادة فلا يمنع قبولها .

589 قال(١) : { وقال أبو حنيفة : لو أن رجلا وكل رجلا بقبض حقوقه قِبل رجل كان الوكيل في القبض وكيلا في الخصومة ، ومتى ما جحد المطلوب ذلك الحق فللوكيل أن يقيم البينة على إثباته . وكذلك المطلوب لو ادعى أنه قضى الدين إلى الطالب قبلت بينته على الوكيل بقضاء الدين إلى الطالب ، لأنه يصير خصما . وإن كان وكله بقبض شيء بعينه مثل دار أو عقار أو عبد أو نحو ذلك من الموكل ، فإنه يوقف ذلك ولا يحكم فيه حتى يحضر الموكل . وقال أبو يوسف ومحمد : الدين والعين(٢) في هذا سواء ، فلا يكون الوكيل في قبضه وكيلا في الخصومة ، ومتى جحد المطلوب الحق الذي ادعى عليه الوكيل لم يكن

---

(١٠) ساقط من ل . (١١) ساقط من ف .

589 (١) ساقط من ل . (٢) ل : والعتق .

الوكيل خصما فى إقامة البينة على إثبات الحق عليه . وإن أقر المطلوب بالحق، وادعى قضاءه إلى الطالب لم يكن الوكيل أيضاً خصما فى قبول بينة المطلوب عليه. وإن[٣] كان وكله بالخصومة فى حقوقه التى بالكوفة كان وكيلا فى الخصومة والقبض جميعاً عندهم جميعاً غير زُفَر فإنه لا يجعله وكيلا [٤] فى القبض { . وتحصيل هذه الجملة أن الوكيل بقبض العين // [ف١٣٤ب] لا يكون وكيلا[٤] فى الخصومة عند الجميع ، والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبى حنيفة خاصة ، والوكيل بالخصومة فى العين والدين وكيلا بالقبض عندهم جميعاً غير زُفر ، فصار مذهب زفر أن الوكيل بالقبض لا يكون وكيلا بالخصومة فى العين والدين ، ولا الوكيل بالخصومة وكيلا بالقبض // [ل١٥٧ ب] فيهما جميعاً وهو القياس . ووجه قولهم إن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لأنه ليس فى قبض العين ما يتعلق بالخصومة ، إذ ليس فى قبضه منه تمليك ولا معنى من المعانى يوجب أن يكون الوكيل خصما فيه . فإذا كان كذلك فعليه أن يثبت الوكالة بقبض العبد المودَع أو غيره . فإذا ثبتت وكالته عند القاضى بمحضر من الذى العبد فى يديه أمره القاضى بتسليم العبد إليه . فإن قال الذى العبد فى يديه : هذا العبد لى ، أو ادعى معنى من المعانى يوجب نفى ملك الغائب على العبد ، لم يكن الوكيل خصما فى إثبات العبد ملكا للغائب ، لأنه غير موكل بذلك ، فليس له أن يخاصمه . وأما إذا كان الحق ديناً فإن الوكيل بقبضه وكيل فى الخصومة عند أبى حنيفة ، لأن قبض الدين يتعلق به التمليك ، لأن المطلوب يُملِّك ما فى ذمته للطالب ، ما يقضى إليه أو إلى وكيله ، إذ الدين المقضى يثبت فى ذمة الطالب للمطلوب ثم يصير قِصاصاً[٥] بما كان له على المطلوب ، فيملك كل واحد منهما ما فى ذمته بما[٦] كان له فى ذمة صاحبه . فإذا

---

(٣) ف : لأنه إن . (٤) ساقط من ل .

(٥) أى إيفاء دين بدين ، أو تنازل عن الحق من الجانبين .

(٦) ف : ما .

كان قبض الدين يتعلق به التمليك كان الوكيل بالقبض وكيلا بالتمليك . وأما على مذهبهم فان قبض الدين وإن كان فيه تمليك فالموكل لم يجعل إليه غير القبض ، فليس له أن يخاصم فى إثبات الدين ، لأن القبض معنى غير الخصومة . ألا ترى أن الوكيلين فى الخصومة لكل واحد منهما أن يخاصم ، والوكيلين فى القبض ليس لأحدهما القبض دون الآخر لأنهما معنيان مختلفان ؟ فالتوكيل بأحدهما لا يوجب التوكيل بالآخر . أما الوكيل بالخصومة فانما كان وكيلا بالقبض عندهم جميعاً غير زُفر فلأن الخصومه [٧] لا تنقطع إلا بقبض الموكل به . فما دام هناك حق للموكل فللوكيل أن يخاصمه ، لأنه وكيل بالخصومة[٧] على العموم. فمتى ما كان هناك [٧]ما يتعلق به الخصومة فله الخصومة فيه . والخصومة أبداً باقية لم يحصل القبض ، فينبغى أن يكون وكيلا بالقبض الذى يقطع الخصومة. وأما عند زفر فان الموكل لم يجعل إليه القبض وإنما جعل إليه الخصومة ، والقبض معنى غير الخصومة لما بينا ، فلا يجوز أن يجعله وكيلا بالقبض . والجواب أنه لما ثبت عندنا بما // [ل ١٥٨ أ] ذكرنا أن القبض يدخل تحت الوكالة بالخصومة صار موكّلا بالتمليك من جهة القبض ، فلا يمنع صحة الوكالة على هذا الوجه ، كما لو نص عليه كان جائزاً .

590 فصل[١]

قال : [وإقرار الوكيل على الموكل بقبض // [ف ١٣٥ أ] الدّين الموكل به جائز عند القاضى ، ولا يجوز عند غيره فى قول أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف يجوز عند القاضى وعند غيره . [٢]وكان قوله الأول إنه لا يجوز عند القاضى ولا عند غيره[٢] ، وهو قول زُفر ، ثم رجع فقال : يجوز عند

---

(٧) ساقط من ف .

590 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .

القاضى ولا يجوز عند غيره ، وهو قولهما ، ثم رجع عن هذا أيضاً وقال : يجوز عند القاضى وعند غيره } . لأبى حنيفة فى أنه يجوز عند القاضى أن الخصومة تنتظم[٣] الإقرار والإنكار لأن القاضى يقول للمدعى عليه : ما تقول ؟ هل لهذا عليك هذا الحق أم لا ؟ فلا بد له من نعم أو لا . فإذا كانت الخصومة تنتظم المعنيين جميعاً ، كان الوكيل بالخصومة وكيلا بالإقرار والإنكار جميعاً ، إذ قد أقامه مقام نفسه فى الخصومة . وخصومته قد انتظمت المعنيين جميعاً . فإذا كان كذلك وجب أن يجوز إقراره عند القاضى ، لأن الخصومة ثبتت عنده ، ولا يجوز عند غيره ، لأن الخصومة لا يثبت حكمها عند غيره . فكذا الإقرار الموجب بها . وأما زُفر فإنه رد هذه الخصومة إلى خصومة الوصىّ والأب : أن لهما أن يخاصما للصغير[٤] ولا يجوز إقرارهما ، فدل على أن الخصومة لا تنتظم الإقرار . وإذا كان كذلك لم يجز إقراره على الموكل بحال . والجواب عن هذا لأبى حنيفة أن تلك الخصومة قد استثنى منها الإقرار بدلالة دلت عندنا . [٥]فلذلك لم يجز إقرارهما عليه ، مع كونهما خصمين . ولم نجد تلك الدلالة ها هنا ، فلا يجوز أن نخص الإقرار من الخصومة بغير دلالة .

فإن دلت الدلالة ها هنا على تخصيص الإقرار من الخصومة من جهة لفظ الموكل أنه قال أن لا يجوز إقرارك علىّ ، أو غير ذلك من الدلالة ، لم يجز إقراره عليه . فأما وليس ها هنا دلالة توجب التخصيص لم يجز لنا أن نخص الإقرار من الخصومة ، ولإنْ جاز تخصيص الإقرار منهما بغير دلالة ، جاز تخصيص الإنكار منهما أيضاً بغير دلالة . فتحصل الخصومة غير منتظمة للإنكار والإقرار . وليست هذه صفة الخصومة[٥] . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ، فكما جاز إقراره عند القاضى وعند غيره ، جاز إقرار الوكيل أيضاً عند القاضى وغيره . [٦]قال الشيخ[٦] : وهذا ساقط

---

(٣) ل : تنتظر .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ل .

لأن الموكل إنما أقام الوكيل مقام نفسه في الخصومة ، والخصومة لا تكون إلا عند القاضي ، فالإقرار أيضاً لا يجوز إلا عنده .

591 قال : { وإذا تقدم رجل إلى القاضي فادعى أن فلاناً بن فلان الفلاني وكله بقبض دينه الذي على فلان بن فلان هذا ، وأحضره القاضيَ معه ، فأقر الغريم بالدين والوكالة ، فإن إقراره جائز على نفسه // [ف ١٣٥ ب] ويأمره القاضي بدفع الدين إلى الوكيل } . وقد بينا هذا فيما تقدم ، وفرقنا بين الوديعة وبين الدين // [ل ١٥٨ ب] (١وفرّقنا أيضاً بين الوصيّ وبين الوكيل وأنه لا يجوز أن يكون خصما على الغائب والوكيل١) .

592 قال : { وإن حضر الطالب وأنكر أن يكون وكّل هذا كان للغريم أن يحلّفه ، يعني الطالب : بالله ماقبض فلان بن فلان هذا المال من هذا الغريم بأمرك ووكالتك إياه بذلك . فإن حلف رجع على الغريم بالدين (١ وأخذه منه١) ، ورجع الغريم على الوكيل فأخذ منه (٢الدين الذي دفعه إليه٢) إن كان قائماً (٣في يده٣) ، وإن كان هالكا ، فالقول قول الوكيل أنه ضاع منه ، أو أنه دفعه إلى الطالب } . فإنما يحلّف الطالب لأن للمطلوب في يمينه حقاً ، وهو براءته من دينه(٤) متى ما نكل عن اليمين ، (٥ فإن نكل عنها برىء المطلوب٥) ، وإن حلف لم يبرأ وضمن له حقه ، ثم يرجع على الوكيل إن كان الدين باقياً في يده ، لأن الوكيل لم يدّعِ قبضه لنفسه (٦وإنما أخذه للطالب٦) . وقد أخذ الطالب ذلك منه ، فعليه ردّ ما قبض إلى المطلوب . وأما إذا كان مستهلكا

---

591 ساقط من ل .

592 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

(٣) ل : بعينه . (٤) ل : ذمته .

(٥) ساقط من ل . (٦) ساقط من ل .

فإن القول قوله فى الهلاك أو الدفع إلى الطالب . ولا ضمان عليه للمطلوب لأن المطلوب قد صدّقه فى وكالته وأنه مستحق لقبضه ، فصار مثلما قلنا فى الوديعة : إذا جاء الوكيل بقبض الوديعة فصدّقه المودَع فى ذلك ودفع الوديعة إليه ، ثم جاء صاحبها فأنكر ذلك ، [٧]إن له أن يضمّن[٧] المودَع . [٨]لم يكن للمودع أن يرجع على الوكيل بشىء إن كانت الوديعة هالكة لأنه صدّقه فى استحقاقه بقبضها . كذلك هذا مثله[٨] .

قال أبو بكر[٩] : وهذا أيضاً على تلك الوجوه الأربعة ، إن صدّقه ودفعه إليه ولم يضمّنه لم يرجع [١٠]عليه بشىء[١٠] وإن ضمّنه مع التصديق رجع عليه ، وإن لم يصدّقه ولم يكذّبه رجع عليه ، وكذلك إذا كذّبه . وهاذان الوجهان يكونان عند غير القاضى لأن القاضى لا يأمره بتسليم الدين إليه إذا لم يصدقه ولم يكذبه ، أو كذبه .

593 قال : { وإن أقر الغريم بالدين وجحد الوكالة فطلب الوكيل يمين المطلوب : بالله ما يعلم أن الطالب وكّله بقبض الدين منه ، فلا يمين عليه فى قول أبى حنيفة . [١]وقال الحسن[١] : قال أبو يوسف : حلّفه بالله ما يعلم أن الطالب وكّله بقبض ذلك منه ، فإن حلف لم يكن بينهما خصومة ، إلا أن تقوم له بينة على الوكالة ، وإن نكل عن اليمين أمره الحاكم بدفع الدين إلى الوكيل . ولا يكون ذلك قضاء على الطالب } . لأبى حنيفة أن بذل[٢] الوكالة من جهة المطلوب لا يصح ولا يكون الوكيل وكيلا عن الغائب بقوله .

---

(٧) ف : وضمن .

(٨) ل : ويكون القول قول الوكيل فى الهلاك والدفع . كذلك ها هنا .

(٩) ف : رحمه الله . (١٠) ساقط من ف .

593 (١) ساقط من ل .

(٢) بذل الوكالة : يعني تنازل المطلوب عن الحق فى إثبات الوكالة بالبينة .

فلا يجوز أن يحلف على ذلك ، إذ من أصله سقوط اليمين فى كل ما لا يصح بذله من جهة الحكم . وعند أبى يوسف لمّا كان من أصله أن // [ل ١٥٩ أ] النكول يقوم مقام الإقرار ، فكل ما كان الإقرار فيه جائزا // [ف ١٣٦أ] فإنه يُحلّف عليه غير الحدود والقصاص فيُحلّف ها هنا أيضاً لأنه لو أقرّ بوكالته ، جاز كذلك أن يحكم عليه بنكوله وإن لم يكن ذلك حكما على الغائب بالوكالة .

594 قال : { وإن أنكر الغريم الدين وأقر بالوكالة لم يكن الوكيل خصما فى إقامة البينة على المطلوب بدين الطالب } من قِبل أن الوكالة على الغائب لا تثبت بقول المطلوب ، فوجود إقراره بها وعدمه بمنزلة فى باب إثبات خصومة الوكيل فى الدين . فان أقام الوكيل البينة على الوكالة قَبِل القاضى بينته ، ويكون ذلك حكما على الغائب، وإن كان غير حاضر لسماع البينة . وهذا ما لا خلاف فيه بين الناس ، أن الحكم على الغائب على هذا الوجه جائز لأن الحاضر لا يتوصل إلى إثبات حقه إلا باثبات الحكم على الغائب ، والحق الذى يدعيه لنفسه هو الذى يثبت بعينه على الغائب ، وهو عقد الوكالة ، وقد حضر هناك خصم يسمع عليه البينة ، فيجوز أن يحكم به على الغائب . ألا ترى أن الناس متفقون[1] على [2]جواز الحكم على[2] الميت بالدين وغير ذلك إذا كان هناك خصم عنه من وارث أو وصى أو [3]موصى له[3] ، [4]وذا حكم على الغائب إذ الميت أغيب الناس عن مجلس القاضى . كذلك ما ذكرنا مثله[4] .

595 قال : { ولو وكل رجل رجلا بطلب حقوقه وقبضها والخصومة فيها على أنه لا يجوز عليه إقراره ولا صلحه ولا تعديل شاهد يشهد عليه بشىء يُبطل به حقاً له ، فالوكالة على هذا الشرط جائزة } ، لأن الوكالة تنتظم معانى

---

594 (١) ف : مجمعون . (٢) ساقط من ف .
(٣) ل : نحو ذلك . (٤) ل : كذلك هذا .

كثيرة، فاذا جعل إليه بعضها دون بعض وفسرها جاز ذلك، لأنه من جهته يملك التصرف في ذلك كله، فله أن يملكه بعضها دون بعض.

قال: { فان أقر الوكيل أن الطالب قبض هذا الحق من الغريم، لم يجز ذلك على الموكل، إلا أنه ليس للوكيل مطالبة الغريم بذلك الحق حتى يحضر الموكل فيطالبه أو يوكل غيره }، من قِبل أن [1] الوكالة بطلت بقول الوكيل حيث [1] أقر بأن الطالب قد استوفى حقه، لأن هذا اعتراف منه بأنه لا خصومة بينه وبين المطلوب إذا لم يبقَ للطالب عليه شيء، فيُعزل عن الوكالة، وإن لم يُصدَّق على الموكل.

{ وإن قال: قبضت أنا هذا الحق من هذا الغريم // [ل ١٥٩ ب] فضاع مني، أو قال: دفعه إلى الطالب، فانه يُقبل قوله، ويبرأ المطلوب من ذلك المال، ويحلف الوكيل على ذلك }، من قِبل أن الطالب وإن كان قد منعه من الإقرار عليه فانه لم يمنعه من الاعتراف بقبض الدين، بل قد وكله بقبضه منه، فيصح إقراره بقبضه. فاذا قال: ضاع مني أو دفعته إلى الطالب كان القول قوله، مثل المودَع لأنه أمين. ويحلّف على ذلك كالمودع لإسقاط الخصومة.

596 قال: { وليس للوكيل أن يوكل غيره } من قِبل أن الوكالة تقتضي الخصومة والاقتضاء // [ف طلب ١٣٦ ب] في طلب حق الموكل، ولا يقتضي [1] غير ذلك، فلا يجوز [1] أن يجعل الأمر إلى غيره لأن الموكل لم يرضَ برأي غيره. [2] وأيضاً فان الوكالة عقد للإباحة فليس له أن يوكل غيره كما ليس للمباح أن يُبيح المباح لغيره، وإنما له أن يستعمله هو أو يدعه. كذلك

---

595 (١) ف: الوكيل إنما.

596 (١) ساقط من ف.

هذا مثله [٢] . فان قال الموكل له : أجزتُ أمرك فى ذلك وما تصنع فيه من شىء ، كان له أن يوكل غيره مثل ما قلنا فى المباح إذا جعل المُبيح[٣] أمره فى ذلك إليه كان له أن يُبيح لغيره . وكذلك هذا ، [٤] لأنه قد أجاز أمره على نفسه فيما صنع[٤] .

597 قال[١] : { وليس لوكيله أن يوكل غيره كما لم يكن للوكيل أن يوكل غيره إلا بأن جعل الموكل أمره إليه } ، كذلك الثانى مثله .

598 قال : { فان مات صاحب الحق بطلت وكالتهما } من قبل أنهما جميعاً وكيلا الطالب ، فموته يوجب عزلهما جميعاً لانقطاع أمره بالموت . وإن قيل : ولِمَ موت الموكل يوجب بطلان وكالة الموكل ؟ فهلاّ قلتم إن الأمر إنما احتيج إليه فى انعقاد الوكالة ، فاذا انعقدت لم يُحتج فى بقائها إلى دوام الأمر ؟ قيل له : ليس كذلك ، لأن الوكالة إنما هى إباحة بجواز تصرفه[٢] وقتاً بعد وقت وحالا بعد حال ، وليست عقدا يستحق به شيئاً على الموكل ولا على الوكيل ، فيبطل عند ارتفاع أمر المبيح[٢] . ألا ترى أن العارية التى هى تمليك المنافع ترتفع بارتفاع أمر المعير ؟ فكيف[٣] الوكالة التى هى إباحة ليس فيها تمليك . فان قيل فهلاّ جعلت الوكيل الثانى وكيلا للأول دون الموكل قيل له : ليس كذلك لأن الوكيل مأمور بوكالة الثانى ، فصار كالرسول والمعير إذا عقد عقد الوكالة إنه يكون واقعاً للوكيل دون العاقد ، [٤] كما قلنا فى الرسول بعقد البيع وكالوكيل بالعقد والطلاق[٤] . والمعنى الجامع بينهما أنه لا يتعلق فى شىء من هذا حقوق العاقد . كذلك الوكالة[٥] .

---

(٢) ساقط من ل . (٣) ساقط من ل .
(٤) ساقط من ل .
597 (١) ساقط من ف .
(٢) ل : فيجب أن تبطل عند انقطاع الحر المبيح .
(٣) ل : فكذلك . (٤) ساقط من ل .
(٥) مزيد هنا فى ف شرح آخر بنفس المعنى ولا فائدة من إثباته .

598 قال : { فان لم يمت الطالب ولكن مات الوكيل فالثانى على وكالته } لما بينا أن الأول والثانى جميعاً وكيلا الطالب . فوت أحدهما لا يوجب عزل الآخر .

قال[١] : { وكذلك لو أن الطالب أخرج الأول من الوكالة // [ل١٦٠أ] لم يخرج الثانى من الوكالة } ، كوكيلى الطالب إذا عزل أحدهما لم ينعزل الآخر .

قال[٢] : { وإن أخرج الوكيلُ الأول الوكيل الثانى من الوكالة فهو جائز ، ويخرج منها } من قِبل أن الموكل قد جعل الأمر إليه فى عزله // [ف ١٣٧ أ] وتوكيله بقوله : قد جعلت الأمر إليك فى جميع ما تصنع . وليس هذا الأجل[٣] أن الثانى وكيل الأول ، وإنما هو المعنى الذى ذكرنا [٤]من جعل الأمر إليه فى العزل وغيره[٤] مثل الموكل إذا قال الرجل : قد جعلت الأمر فى عزل هذا إليك ، فللرجل أن يعزل الوكيل ، كذلك هذا .

599 قال : { فاذا ثبت الحق المطلوب فقال للقاضى : حلّف الوكيل بالله ما يعلم أن الطالب قبضه منى ، فلا يمين [١]على الوكيل[١] } من قِبل أنا لو حلفناه فى ذلك لحلفناه عن الطالب ، ويمينه لا تنوب عن الطالب بدلالة أنه متى قدم فللمطلوب أن يحلفه وإن كان قد حلف الوكيل على ذلك . فاذا كانت يمينه لا تنوب عن يمين الطالب لم يجز أن يحلف عنه // [ف ١٣٧ ب] .

600 قال : { وإذا وكل رجل رجلين بطلب حقوقه والخصومة فيها فان حضر

---

598 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .
(٣) ف : الأصل . (٤) ساقط من ل .
599 (١) ف : عليه .
(٢) مزيد هنا فى ف شرح آخر لا فائدة من إثباته .

أحدهما ومعه خصم يطالبه ، فهو وكيل فى خصومته وإثبات الحق عليه . إلا أنه ليس له أن يقبض الحق دون صاحبه { لما بينا أن أحد الوكيلين خصم فى إثبات الحق ، [١]وليس له قبضه دون صاحبه[١] لأن الخصومة لا تتأتى منهما جميعاً فى حال واحدة ، فتهما لو حضرا جميعاً لم يخاصم إلا واحد لأن مخاصمتهما معاً تمنع من أن يفهم القاضى منهما ، لأن كلامهما[٢] يختلط ، [٣]فلذلك كان له أن يخاصم مع غيبة الآخر[٣] . ألا ترى أن حضوره معه من غير أن يخاصم ليس بخصومة ، ومع ذلك فقد جاز للآخر أن يخاصم عنه ؟ كذلك إذا غاب [٤]هو فالآخر أن يخاصم عنه[٤] . وأما القبض فإنما لم يجز لأحدهما أن ينفرد به لأن فيه معنى التمليك ، فيحتاج فيه إلى الرأى ، والموكل لم يرض برأى أحدهما .

601 قال : { ولو أن رجلا قال : فلان وكيلى فى كل شىء فهو وكيل فى الحفظ دون البيع والشراء { من قبل أن الوكالة أصلها فى اللغة الحفظ . قال الله تعالى ﴿ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ ﴾[١] يعنى حفيظ . و يقال فلان موكل على فلان أى حافظ عليه . فإذا كان كذلك فالحقيقة فى الوكالة إنما هو الحفظ ، وفى الشراء والبيع والتصرف إنما مستعار ، وقد صار متعارفاً أيضاً . فإذا أطلق // [ل ١٦٠ ب] اللفظ كان محمولا على الحقيقة دون غيره [٢]إذا كان مستعملا متعارفا[٢] . فإن قال : وكيلى فى كل شىء جائز أمره ، فهذا وكيل فى الحفظ والتصرف أيضاً ، وله أن يهب ويتصدق أيضاً ، لأنه قد جعل الأمر إليه فى كل شىء ، وجعله جائز الأمر ، وجواز الأمر يُستعمل فى الإذن فى التصرف . فوجب أن يجوز ذلك كله .

---

600 (١) ساقط من ل . (٢) ل : كلاهما .
(٣) ف : فلا يجوز الا أن يخاصم أحدهما لو حضرا جميعا .
(٤) ساقط من ل .

601 (١) سورة الأنعام ، ٦ : ١٠٢ (٢) ساقط من ل .

602 قال : { ولو أن رجلا ادعى أن فلانا بن فلان وكله ووكل فلان بن فلان الفلانى الغائب بكل حق هو له على فلان ، رجل بعينه ، والخصومة فى ذلك والقبض منه ، وأقام على ذلك بينة ، فإن القاضى يقبل ذلك منه ويكون قضاء بإثبات وكالة الغائب إذا لم ينكره إذا قدم } من قِبل أن الحاضر لا يتوصل إلى إثبات وكالة نفسه إلا بإثبات [1] وكالة الغائب ، فيكون خصما فى إثبات وكالته ووكالة الغائب — إذا كان الحق الذى يثبته لنفسه هو الذى// [ف ١٣٨ أ] يثبت على الغائب ، ولا يتوصل إلى إثبات حق نفسه إلا بإثباته على الغائب ، وهو خصم فى إثبات حق نفسه ، ثَبَتَ حق الغائب أيضاً ، مثل أحد الوارثين إذا أثبت تركة الميت كان ذلك ثابتاً له ولشريكه . كذلك مثله ، لأنه لا يملك أحدهما التصرف دون صاحبه . وكذا أحد الوصيين عند أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف لا يكون إثبات وصية الحاضر إثباتا [1] لوصية الغائب لأن من أصله جواز تصرف أحد الوصيين دون الآخر . وفرق بينهما وبين الوكيلين لأن تصرف الوصى من جهة الولاية ، وتصرف الوكيلين من جهة الأمر ، فلا يعدو غير ما جعل إليه [2] . وإن قدم الوكيل الغائب وادعى الوكالة أنفذها القاضى ولم يُكلف إعادة البينة لِما بينا أن إثبات وكالة الحاضر إثبات لوكالته أيضا ، وإن جحد الوكالة لم يكن للوكيل الحاضر أن يقبض شيئاً من الدين بهذه الوكالة ، لأنه معترف بأن لا سبيل له إلى قبض الحق [3] حيث ادعى [4] أن معه وكيلا آخر [4] .

603 قال : { ولو كان الحاضر أقام البينة أن فلانا بن فلان الفلانى وكله

---

602 (١) ساقط من ل .　　(٢) ل : فلذلك افترقا .

(٣) ل : وحده .

(٤) ف : أنه وفلان الغائب وكيلا ، وقد بينا أنه ليس لأحد الوكيلين قبض الدين دون الآخر .

ووكل فلانا (١ الغائب بمطالبة فلان بحقوقه قِبله والخصومة ، على أن يقوم كل واحد منهما ١) بذلك على انفراده ، جائز أمره ، فإن القاضى يُنفذ شهادتهما ، ويكون هذا الوكيل الحاضر خصما فى جميعه ، وله أن يقبض . فإن لم يقبض شيئاً(١) حتى قـدِم الغائب فادعى الوكالة وأراد أن يقبض شيئاً من الغريم ، فإن القاضى يكلفه إعادة البينة على الوكالة { ، من قِبل أن الحاضر إنما ادعى أن كل واحد منهما وكيل بانفراده ، فلا يكون فى إثبات وكالته إثبات وكالة الغائب ، لأنه حكم على الغائب(٢ من غير خصم إذ ليس فى إثبات وكالة الحاضر إثبات لوكالة الغائب٢) ، (٣ وفى الفصل الأول وكالتهما جميعاً وكالة واحدة فإثبات وكالة الحاضر إثبات للغائب ، فلذلك افترقا ٣) .

قال(٤) : { فإن حضر الغائب فأنكر الوكالة أو ادعاها ، إلا أنه لم يكن له بينة على إثباتها فللوكيل الحاضر أن يخاصم ويقبض حق الموكل } لأنه قد ثبت أنه وكيل على حدة ، فعدم وكالة الآخر لا يقدح فى وكالته .

604 فصـــل(١)

{ ولو أن رجلا قدّم رجلا إلى القاضى فقال إن لفلان بن فلان الفلانى// [ل ١٦١ أ] على هذا ألف درهم ، وقد وكّـلنى فلان بطلب كل حق هو له وبقبضه والخصومة فيه ، وأقام على ذلك بينة ، فإن أبا حنيفة قال : لا أقبل هذه الشهادة على المال حتى تثبت الوكالة ، فإذا ثبتت الوكالة دعوت بالبينة على المال وقال أبو يوسف : أقبل الشهادة على الأمرين جميعاً ، فإن عُدّلت البينة قضيت له بالوكالة وقضيت على المطلوب // [ف ١٣٨ ب] بالمال . وكذلك الوصىّ يقيم البينة على وصيته من رجل ويقيم البينة على مال المطلوب(٢) فى مجلس

---

603 (١) ساقط من ل .
(٢) ف : وليس هذا من مذهبنا .
(٣) ساقط من ل .
(٤) ساقط من ف .
604 (١) ساقط من ل .
(٢) كذا فى الأصل .

واحد وكذلك الوارث يدّعى أن أباه مات ولا وارث له غيره ، وأن له على الرجل الذى حضر معه ألف درهم ، فأحضر بينة على نسبه وعلى وفاة أبيه وأنه وارثه ، لا يعلمون له وارثاً غيره ، وتشهد لأبيه(٣) بالمال على الرجل ، فهو بمنزلة الوكيل . وكذلك لو ادعى الوارث لأبيه داراً فى يدى رجل أو ضيعة أو غير ذلك ، فأحضر على ذلك شهوداً فشهدوا بموت أبيه وأنهم لا يعلمون وارثاً غيره ، وشهدوا أن ذلك الشىء لأبيه وفى ملكه حتى مات وتركه ميراثاً ، فإن القاضى يقبل ذلك كله ويثبته ، فإذا عدّلت(٤) البينة حكم بذلك كله فى قول أبى يوسف(٥) [على ما قال الخصاف(٦) . قال رحمه الله : قد ذكر محمد هذه المسائل من غير خلاف أنه يُقبل . وذكر الخصاف ها هنا أنه لا يُقبل فى قول أبى حنيفة . وهذا أقيس على أصولهم لأن ها هنا خصومتان ، إحداهما إثبات الوكالة والوصية والنسب وغير ذلك ، والثانية إثبات المال . والخصومة فى إثبات المال مرتبة على الوكالة ونحوها مما ذكرنا لأنه ما لم يُقِمْ البينة على كونه خصماً لم تقبل بينته على إثبات المال ، كما لا تقبل بينة من ليس بخصم على إثبات شىء للغير . وهذا كما قالوا فى العيب(٧) إن المشترى إذا ادعى أن بالعبد المشترى عيباً وأراد ردّه به لم تقبل خصومته فى الرد حتى يثبت العيب ، لأن الخصومة فى الرد مرتّبة على الخصومة فى إثبات العيب . فلا يجوز أن تقبل الخصومة فى الرد حتى يثبت العيب . كذلك ها هنا وجب أن يثبت أنه خصم أولا ثم يثبت الدين . وهذا بيّن لا إشكال فيه . وقد تقدم الكلام فى هذا على الاضطراب ، لأنا بينا المسائل على أن قول أبى حنيفة مثل قول أبى يوسف ، وأنه يفرق بين الرد بالعيب وبين هذه المسائل . والآن قد اتضحت المسائل //

---

(٣) ل : لأمه .
(٤) ف : عالت .
(٥) ساقط من ف .
(٦) ل : أبو بكر .
(٧) ل : الغائب .

[ل ١٦١ب] على أصله ، وأنه اعتبر فيها كلها معنى واحد . وأما أبو يوسف فإنه استحسن قبول البينة على الوكالة وثبوت المال فى مجلس واحد ، فإذا عُدلت البينة حكم بالوكالة (٨أولا ثم٨) بالمال حتى يكون إثبات الخصومة متقدماً لإثبات المال .

605 باب الشهادة على الوكالة

قال : { وشهادة ابنى الوكيل على الوكالة غير جائزة ، وكذلك شهادة أبوى الوكيل } ، كما قلنا فى سائر الحقوق من الأموال وغيرها . { وكذلك شهادة ابنى الطالب وأبويه } لأنهما يشهدان لأبيهما بالوكالة على المطلوب ، فلا يجوز . { وكذلك شهادة امرأة الوكيل وامرأة الطالب . وكذلك شهادة مولى العبد // [ف ١٣٩أ] للعبد ، ومولى المكاتَب للمكاتب } ، كما قلنا فى الأموال(١) . { ولو شهد للوكيل شاهدان ، أحدهما أن الطالب وكله بقبض دينه من هذا الرجل ، وآخر شهد أنه جرّاه(٢) فى ذلك فهو سواء } ، لأن الجرىّ هو الوكيل ، فهما عبارتان عن معنى واحد ، فلا يمنع صحة الشهادة . { وكذلك لو شهد أحدهما أنه وكله فى قبضه وشهد الآخر أنه سلّطه على قبضه (٣فالشهادة جائزة٣) } لأن الوكيل مسلط على القبض (٤فلا فرق بين الشهادة بالقبض وبين التسليط عليه . { وكذلك٤) لو شهد واحد أنه جعله وكيلا فى قبضه ، وشهد الآخر أنه جعله وصية فى حياته فى قبضه ، فهو سواء } لأن الوصى فى حياته هو الوكيل فيكون المعنى واحداً .

---

(٨) ل : ولا يعين .

605 (١) فى ف إعادة لنفس الكلام . (٢) أى وكله .

(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ل .

606 فصـــل[١]

} ولو شهد أحدهما أنه جعله وصية فى قبضه ، ولم يقل : فى حياته ، لم يجز { ، لأن الوصىّ على الإطلاق إنما هو المتصرف بعد موت الموصى ، فلم يجتمع الشاهدان على جواز تصرفه فى حال حياة الموكل . } ولو شهد أحدهما أنه وكّله بقبض دينه من فلان وشهد الآخر أنه وكله بتقاضيه أو بطلبه منه فهو جائز { لأن الوكيل بالتقاضى وكيل بالقبض ، والوكيل فى القبض وكيل فى التقاضى . فكل واحدة من العبارتين تقتضى معنى القبض والاقتضاء ، فيجوز لوكيله أن يخاصمه فى إثبات الدين عليه إن جحد على قول أبى حنيفة ، لأن الوكيل بالقبض وكيل فى الخصومة عنده . وعندهما ليس له أن يخاصمه فى إثبات الدين إن جحد . وقد بيّنا هذا . وكذلك لو شهد أحدهما بقبضه وشهد الآخر أنه أمره بأخذه منه ، أو أنه أرسله فى أخذه ، جازت شهادتهما فى الأمر والرسالة بالأخذ والقبض ، ولا يكون وكيلا // [ل ١٦٢ أ] فى الخصومة عندهم جميعاً فى هذا الموضع من قِبل أن الأمر بالأخذ بمنزلة الرسالة عندهم ، والرسول بالقبض لا يكون له أن يخاصم عندهم جميعاً . فإذا كان كذلك ففى مسئلتنا شهد أحدهما على الوكالة بالقبض وشهد الآخر على الأمر بالأخذ فلم يتفق الشاهدان على الوكالة بالقبض واتفقا على الأمر بالأخذ ، لأن كل وكالة تحت الأمر وليس كل أمر تحته وكالة . فإذا كان كذلك صار الشاهد بالوكالة بالأمر بالقبض والشاهد بالأمر بالقبض لم يشهد بالوكالة ، وإنما شهد بالأمر بالقبض ، فيحكم بشهادتهما بالأمر[٢] بالقبض ولا يحكم بالوكالة . فلذلك لم يكن خصما فى إثبات الدين عند أبى حنيفة[٣] // [ف ١٣٩ ب] .

---

606 (١) ساقط من ل .   (٢) ساقط من ل .

(٣) فى ف هنا فقرة شرح زائدة ، وهى بنفس المعنى ولا حاجة إلى إثباتها .

607 فصـــل[١]

{ فإن شهد أحدهما أنه وكله بالخصومه فى هذه الدار إلى قاضى الكوفة ، وشهد الآخر أنه وكله بالخصومة فيها إلى قاضى البصرة ، فالشهادة جائزة } ، لأن خصومته إلى قاضى البصرة أو قاضى الكوفة ليس من شرط الوكالة ولا يتعلق بها حكم . فلا اعتبار بهذا . فصار كأنهما لم يشهدا إلا بالوكالة بالخصومة ولم يشهدا أنه يخاصمه فيها إلى قاضى الكوفة أو البصرة لأن للوكيل أن [٢]يخاصمه إلى أيهما شاء[٢] فلا اعتبار بذكر القاضى . [٣]وهذا مثل ما يقول فى شهادة أحدهما إنه أقر لفلان بألف درهم يوم الجمعة وشهد الآخر أنه أقر له يوم الخميس بألف درهم ، إن الشهادة ثابتة على الألف وإن اختلفا فى وقت الإقرار ، لأن كون الوقت لا يغيّر الحكم . كذلك هذا[٣] .

608 قال : { وإن شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة إلى فلان الفقيه ، وشهد الآخر أنه وكله إلى فلان الفقيه ، رجل آخر ، فإن هـذا لا يجوز } . وليس هذا كالباب الأول من قِبل أن الخصومة لا تكون عند الفقهاء ، وإنما تكون عند القضاة . فهو لما جعل إليه الوكالة بالخصومة إلى الفقيه جعل التحكيم والمصالحة إلى[١] الفقيه ، فلا يجوز للوكيل العدول إلى غيره . فإذا كان هذا مقتضى الوكالة بالخصومة إلى الفقهاء صارت شهادة أحدهما بالوكالة إلى فـــلان الفقيه بمنزلة الشهادة بالوكالة على أن يصالحه فلان الفقيه ، وشهادة الآخر أنه وكله أن يصالحه الفقيه الآخر ، فلا تجوز .

---

607 (١) ساقط من ل . (٢) ف : يخاصم أيهما شاء .
(٣) هذا فى ف ، ج فقط .

608 (١) ساقط من ف .

609 باب ما لا تجوز فيه الوكالة(١)

{ والوكالة فى الحدود لا تجوز } لأن الحد يسقط بالشبهة (٢ فلا يجوز فيه الأبدال بدلالة أن الشهادة على الشهادة فيه غير جائزة، وكذلك شهادة النساء مع الرجال لا تُقبل لكونها بدلا عن شهادة رجل٢)، فكذلك//[ل١٦٢ب] الوكيل لما كان يقوم مقام الموكل لم يجز. وأيضاً فإن حال (٣إقامة الحد٣) آكد من حال الإثبات، (٤لأن الحد إنما يثبت للإقامة٤). فلما اتفق الجميع على أن الأبدال فى الإثبات لا يصح، (٥ أعنى لا يجوز أن يثبت بشهادة //[ف١٤٠أ] النساء مع الرجال التى هى قائمة مقام رجل واحد، ولا الشهادة على الشهادة٥)، ففى إقامة الحد أحرى ألا يصح فيه البدل. وأيضاً لم يختلفوا أن الخصم الذى يقام عليه الحد لا يجوز أن يؤخذ منه بدل فى إقامة الحـــد عليه. كذلك الخصم الآخر.

قال(٦): { والقصاص فى هـذا مثل الحدود } لكونه مما يسقط بالشبهة. وأما إثبات الحد فإن أبا حنيفة قـد جوز أخذ الوكيل فيه لأنه ليس فيه إقامة الحدود، وإنما هو سبب من أسبابه، ويجوز فى السبب(٧) ما لا يجوز مثله فى الحد.. ألا ترى أن شهادة النساء من الرجال جائزة فى الإحصان وإن كان الإحصان من شرائط وجوب الرجم عند الزنى (٨ وسبباً من أسبابه؟ كذلك يجوز فى الإثبات ما لا يجوز فى إقامة الحد. وأيضاً لمّا لم يكن فى الإثبات إقامة الحد٨) وإنما هو الخصومة والمطالبة بالحق صار كسائر الحقوق التى لا تسقطها الشبهة. وأما عند أبى يوسف ومحمد فإن الوكالة فى الإثبات لا تصح لأنه به

---

609 (١) ل : الشهادة.
(٢) فى ل تقديم وتأخير.
(٣) ف : الإقامة.
(٤) ساقط من ل.
(٥) ساقط من ل.
(٦) ساقط من ف.
(٧) ف : غير السبب.
(٨) ساقط من ل.

يُتوصل إلى إثبات الحد (٩) فلا يجوز أن يقوم الغير فيه مقام الغير بدلالة شهادة النساء، والشهادة على الشهادة (٩).

610 قال : [وكذلك الرجل يشترى عبداً فيجد به عيباً فيوكل وكيلا فى رده، إن وكيله لا يقدر على ردّه حتى يحضر المشترى فيُحلَّف : بالله ما رضى بالعيب (١) ولا أبرأه منه، ولا عرضه على بيع منذ علم بالعيب] ؟ قال الشيخ (٢) : وهذا خلاف ما قال محمد فى الأصول أن للوكيل أن يرده على البائع ما لم يدع البائع رضاء المشترى. (٤) وذكر أبو نصر البخارى (٣) القاضى بحضرة الشيخ أن الحسن بن زياد روى عن أبى حنيفة بمثل هذا فقال : ليس له أن يرده وإن لم يدّع البائع رضاء المشترى بالعيب حتى يحضر المشترى فيحلَّف (٤). قال الشيخ: ووجهه أن جعل اليمين ها هنا حقاً للبائع وإن لم يدع [البائع]، كما قالوا فى القاضى أنه يحلف المشترى إذا أراد أن يرد المبيع على الميت. والوجه فى هـذا أن للقاضى أن يحتاط فى مال الميت فيحلف المشترى : بالله ما رضيت بهذا العيب (٥). وأما ها هنا فإن الحق للبائع وهو حى، فإذا لم يدع وجب أن لا يثبت له هذا الحق. والصحيح (٦) ما قال محمد من قِبل أن حق الرد قد وجب على البائع فلا يسقط عنه فى الحال ما لم يدع سقوطه، فإذا ادعى ذلك حينئذ يؤمر بإحضار المشترى حتى يحلف على دعواه ثم يرده.

---

(٩) ف : وهذا يلزمهما فى الإحصان.

610 (١) ب : بالعبد. (٢) ل : أبو بكر.

(٣) لعله أحمد بن عمرو بن محمد بن موسى بن عبد الله القاضي البخارى، أبو نصر، يعرف بالعراق. كان على قضاء سمرقند مدة ومات ببخارى سنة ٣٩٦ هـ. أنظر الجواهر المضية، ج ١، ص ٨٧

(٤) ساقط من ل. (٥) ف : البيع.

(٦) ب : والمشهور.

611 باب الرجل يريد سفراً وهو مطلوب فيوكل //

[ل ١٦٣ أ] [ف ١٤٠ ب]

{ ولو أن رجلا أراد سفراً فطالبه رجل بحق يدعيه قِبله ، فقال المطلوب: أنا أوكل وكيلا بخصومته جائز ما قضى به عليـــه [١] وكفيل بما قضى عليه[١] لهذا الطالب ، فإن القاضي يقبل ذلك منه ويجبر الطالب على قبول ذلك إن أبي سواء كان الكفيل والوكيل رجلا واحداً أو اثنين } ، من قبـل أن القاضي منصوب لإيصال كل ذى حق إلى حقه . فاذا قدر على إيصال الطالب إلى حقه لم يجز له أن يمنع المطلوب [٢]عن السفر . وها هنا يصل الطالب إلى حقه لأنه يخاصم الوكيل فيما يدعى على المطلوب[٢] . فاذا ثبت الحق حينئذ يأخذه منه إن كان كفيلا ، وإن كان الكفيل غيره أخذه منه أيضاً . وليس الوكيل ها هنا كوكيل الحاضر فى قول أبي حنيفة ، [٢] أنه لا تجوز وكالة الحاضر[٢] من قبل أن الحاضر يلزمه الحضور إلى عند القاضي فى وقت الخصومة ، والغائب الذى يسافر سفر ثلاثة أيام لا يلزمه الحضور إلى عندهذا القاضي . فاذا كان كذلك فارق السفر الحضر إذ قد لزمه الحضور عند هـذا القاضي فى حال الحضر ، فيكون الحضور حقاً للطالب ، فلا يجوز للمطلوب أن يسقطه عن نفسه إلا برضاء خصمه . وفى حال السفر هذا الحق ساقط عنه . فلذلك افترقا .

612 قال : { وليس للوكيل أن يخرج نفسه من الوكالة إلا بمحضر من الطالب } . قال الشيخ[١] : ليس للوكيل ولا للمطلوب أن يخرج الوكيل من الوكالة بغير محضر من الطالب إذا كان الطالب هو الذى أخذه منه [٢]سواء كان بمحضر من القاضي أو بمحضر غيره[٢] ، لأن الوكالة قد صارت حقا للطالب

---

611 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

612 (١) ل : أبو بكر . (٢) ساقط من ل .

(٣ إذا كانت على هـذه الصفة٣) وتعلق بها حق الخصومة ، فلا يكون للوكيل أن يُسقط عن نفسه ذلك ويحيل به إلى غيره ، كالـكفيل ليس له أن يخرج نفسه من الـكفالة بغير محضر من المـكفول له . كذلك هذا .

قال : { وإن أخرجه من الوكالة بمحضر من الطالب فاخراجه إياه جائز ، وللطالب أن يأخذه باقامة وكيل أو يقيم ولا يخرج فيخاصمه بنفسه } ؛ من قِبل أن حق الطالب إنما هو الخصومة ، فاذا أخرج المطلوب الوكيل من الوكالة أو أخرج الوكيل نفسه (٤ برضاء الطالب فانه يجوز ذلك ٤) وللطالب أن يأخذ المطلوب بحقه حتى يقيم غيره مقامه ، أو يقيم بنفسه فيخاصمه هو ويوصل الطالب إلى حقه // [ف ١٤١ أ] وإنما كان (٥ للمطلوب أن يعزل٥) الوكيل وإن سخط الطالب لأن حق الطالب إنما // [ل ١٦٣] هو الخصومة ، وليس فى عزل الوكيل إسقاط خصومة الطالب(٦) .

613 قال : { ولو جاء المطلوب إلى القاضى وليس الطالب حاضراً فقال : قد كنت وكلت هذا بخصومة فلان فيما يدعى قبلى من حق ، وهذا الوكيل يريد سفراً ، أو قال : أتّهمه أن يُقرّ على بشىء يلزمنى إقراره ، وقد أخرجته من وكالتى ووكلت هذا الآخر ، لرجل آخر أحضره إلى القاضى ، وقبل الوكيل الوكالة ، فانه ينبغى للقاضى أن يأمره أن يُحضر الطالب حتى يوكل هـــذا بحضرته . فان طلَبه فلم يقدر عليه أثبت القاضى الوكالة وأخذ من الوكيل الثانى كفيلا لـكى لا يغيب عن الطالب . فاذا توثق من الوكيل الثانى فان الأول يخرجه من الوكالة والثانى خصم للطالب } . أما إحضار الطالب أولا ، إن قدر

---

(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ف .

(٥) ف : له أن يعزل .

(٦) فى ف هنا سؤال وجواب عن نفس النقطة المبحوثة ، وليس فى اثبات هذه الفقرة جزيل فائدة .

عليه ، فلأن الخصومة حق له ، والأحسن أن ينصب الخصم بحضرته[١] .
وأما إذا تعذر على المطلوب إحضاره فإنما جاز للقاضى أن يخرج الوكيل الأول من الوكالة ويقيم الثانى مقامه ، لأن حق الطالب إنما هو الخصومة ، وقد رضى فى الابتداء أن يُقام مقام الموكل غيره ، أو قد لزمه ذلك من جهة الحكم . والثانى فليس له أن يمتنع من ذلك . ألا ترى أن الطالب لو حضر عند القاضى مع المطلوب وأخرج المطلوب الوكيل من الوكالة لم يكن للطالب أن يمنعه من ذلك؟ كذلك إذا كان غائباً فأقام غيره مقامه . قيل للشيخ : فهل للمطلوب أن يقيم غيره مقامه وكيلا عند القاضى إذا أراد سفراً والطالب غائب ، فقال : نعم // [ف١٤١ب] لأنه ليس للطالب حق الإحضار فى حال السفر ، فإذا أقام مقام نفسه من[٢] يخاصم عنه متى شاء لم يكن فيه إبطال حق الطالب . فإذا كان كذلك ففى مسئلتنا أحرى أن يجوز .

614 قال : { وكذلك لو جاء إلى الشهود فقال : كنت أشهدكم على وكالتى لهذا فى خصومة فلان فيما يدعى قبلى من حق ، وقد أخرجته من وكالتى هـــذه ووكلت فلان بن فلان هذا فى خصومة فلان فيما يدعى قبلى ، وقبـل الوكالة بمحضر من الشهود ، فإن هذا مثل الأول } لأن الطالب لم يتعلق له على الوكيل حق لازم بعد كما يلزم الكفيل للمكفول له . فلا فرق بين الوكيل الأول والثانى [١] فى خصومة إياه[١] .

[٢]وقال : { فإن حضر الوكيل الأول والثانى[٢] والطالب وهؤلاء الشهود عند القاضى فشهد الشهود على وكالته إياه //[ل١٦٤أ] وعلى إخراجه الأول من الوكالة ، فإنه يقبل الشهادة فى ذلك ويخرج الأول من الوكالة ويكون الثانى وكيلا

---

613 (١) ف : لخصومته .   (٢) ف : لم .

614 (١) ساقط من ف .   (٢) ساقط من ف .

فى خصومته } . فلا فرق بين أن يخرج المطلوب الوكيل الأول من الوكالة عند القاضى أو عند غيره ، كان الطالب حاضراً أو غير حاضر ، قبل[٣] أن يستبدل بالوكيل الأول غيره عند القاضى أو عند الشهود الذين هم شهود على وكالة الوكيل ، [٤] لأنه إذا أخرجه عند غير الشهود أو عند غير القاضى ولم يحضر الشهود[٤] لم يصح إخراج الأول من الوكالة ، لأن الشهود إن شهدوا على وكالة الأول فيقضى عليه القاضى بوكالته إياه ، فلهـــذا شرط الشهود والقاضى ، لا لشىء آخر .

615 قال : { وإن كان الخصم قد ثبت حقه على الوكيل الأول ببينة أقامها ، ثم أخرجه الموكل من الوكالة وكل غيره ، فإن ذلك جائز } من قبل أن الحق إذا ثبت فإنه لا يلزم الوكيل إيفاؤه ، وإنما لزم الموكلَ أن يؤديه إليه ، وإنما تنتظم الوكالة الخصومة فى الإثبات والنفى مع الطالب ، فإذا أثبت الطالب حقه ببينة ، ثم عزله الموكل وأقام غيره مقامه ، قضى[١] القاضى بالحق على الوكيل الثانى . كما أن الوكيل الأول لو مات بعدما سُمعت الشهادة عليه كان للقاضى أن يقضى بذلك السماع على الموكل . وكذلك يقضى على الثـانى إذ هو قائم مقام الأول .

616 قال : { ولو كان الموكل[١] جعل الأمر إلى الوكيل فى أن يوكل غيره كان جائزاً ، وله أن يوكل غيره } ، لأن الوكالة بعقد الوكالة [٢]على غـيره[٢] جائزة كما تجوز بعقد البيع وغيره .

قال : { وإن أخرج الوكيلَ الثانى من الوكالة كان جائزاً سواء كان ذلك

---

(٣) ساقط من ل .

(٤) ف : لأنه إن لم يكن عند الشهود أو عند القاضى .

615 (١) ف : فصار .

616 (١) ف : الأول . (٢) ساقط من ل .

بمحضر من الطالب أو لم يكن } . أما عزل الأول للثانى ، وإن كان الثانى وكيلا للموكل الأول // [ف١٤٢ أ] دون الوكيل الأول عندهم فـلـما بينا فيما تقدم أن عزله للوكيل الثانى من جهة جعل الأمر إليـه فى التوكيل والعزل ، لا لأن الثانى وكيل الأول . فإذا كان كذلك وجب أن يجوز هذا كما جاز للموكل أن يوكل ويعزل وكيله عن الوكالة . وأما حضور الطالب [٣] وغيبته فهو سواء لما بينا ، لأن الأول على وكالته ، فيصل الطالب إلى حقه معه[٣] .

617 قال : { ولو وكل // [ل ١٦٤ب] وكيلا ببيع عبد وقد جعل إليه أن يوكل غيره ، فوكل الوكيل غيره ببيعه ، فباعه الثانى [١] ثم استُحق ، ورجعوا بالثمن عليه ، فإنه[١] يرجع بالثمن الذى ينقده على الوكيل الأول } . [٢]وقد جعلوا الوكيل الثانى وكيلا للأول فى هذا الموضع ، وفرقوا بين هـذه الوكالة وبين الوكالة فى مسئلتنا ، من قبل أن فى الوكالة الأولى لايتعلق حقوق العقد بالعاقد ، وقد شبهناها فيما مضى بالإباحة . وها هنا إذا كان وكيلا بالبيع فإنه يتعلق [به] حقوق العقد ، ولأنه لو حلف الوكيل الثانى بأنه لا يبيع للوكيل شيئاً ، فباع العبد له على هـــذا الوجه ، كان حانثاً ، وفى المسئلة الأولى ليس كذلك . فلذلك افترقا[٢] .

618 قال : { ولو أن المطلوب أو الوكيل الأول وكل الثانى بغير محضر من الثانى ، والطالب حاضر ، فللطالب أن لا يقبل هذه الوكالة } ، لأن الطالب لا يأمن أن لا يقبل الغائبُ الوكالة ، فيبقى بلا خصم يخاصمه فى إثبات الحق .

قال : { ولو أن المطلوب وكل الثانى وقبل الوكالة ، ثم أقر على المطلوب

---

(٣) ف : فإنما لم يحتج إليـه فى صحة العزل لأن الأول قائم مقامه . [وهنا يتبع فى ف مزيد من الشرح لنفس النقطة ولا فائدة من إثباته] .

617 (١) ف : لأن الثانى ينبغى أن .

(٢) الاعتماد هنا على ل ، إذ أن ف مضطربة فى هذا الموضع .

بالدين ، فحكم إقراره كحكم إقرار الأول لو أقرّ } على ماينا من الاختلاف فيه (١)بين أصحابنا : إن عند أبي حنيفة ومحمد يجوز إقراره عند القاضي ولا يجوز عند غيره . ويجوز عند أبي يوسف عند القاضي وعند غيره ، وعند // [ف ١٤٢ ب] زُفر لا يجوز على حال . وقد بينا فيما تقدم(١) .

619 قال : } ولو أن المطلوب وكّل الوكيل في خصومة هذا الطالب وليس الوكيل بحاضر ، وأشهد على وكالته ، ورضى بذلك الطالب ، فقبل الوكيل الوكالة حين بلغه ، (١)فإنه يجوز(١) وثبتت الوكالة ، وليس للمطلوب أن يخرجه من الوكالة إلا بمحضر من الطالب ، أو يستبدل على ما وصفناه } ، من قِبل أن عقد الوكالة عقد إباحة وليس بعقد تمليك . فيجوز أن يوقف على ما بعد المجلس عندهم جميعاً إذا لم يكن الوكيل القابل في المجلس ، بدلالة ماقالوا جميعاً في الإباحة إذا قال الرجل : قد أبحتُ هـذا الطعام لفلان ، وفلان غائب عن المجلس ، فبلغه ذلك فأ كل الطعام بعد ذلك ، إنه يجوز (٢)ولا يضمن(٢) . كذلك هذا . والأصل في جواز الإباحة (٣)على ما بعد المجلس(٣) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم (٤)أنه أمر [ناجية الأسلمى](٤) أن يذبح ما [يعطب](٥) عليه ويصبغ نعله بدمها ويضرب بها صفحتها ويخلّى بينها وبين الناس(٢) ولم يأمره بأن يقف حتى يأكل المباح له أو يفرقه عليهم حتى تقع الإباحة ، أو يقبلوا ذلك منه بالقول . فصار هذا أصلا في جميع المباحثات .

---

618 (١) ساقط من ل .

619 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ل : ناجية بن جندب . ف : ناحد جمد الأسلمى . وناجية الأسلمى هو صاحب هدى الرسول (صلعم) . أنظر سنن الدارمى ، ج ٢ ، ص ٦٥ حيث الحديث « كل بدنة عطبت فانحرها ثم ألق نعلها فى دمها ثم خل بينها وبين الناس فليأكلوها » .

(٥) فى الأصل : يدع .

620 قال : [وإن أشهد الموكل // شهوداً أنه قد أخرج الوكيل من الإقرار عليه [1] بشيء وحجر عليه فى ذلك وليس الطالب بحاضر لذلك فإخراجه إياه من الإقرار عليه [1] جائز . وكذلك لو كان الموكل قد جعل الأمر إلى الوكيل فى أن يقيم غيره مقامه من الوكلاء ، ثم أشهد عليه : بأنى قد حجرت عليه فى أن يوكل على من أحب ، فلذلك له وإن لم يكن الطالب حاضراً . وهذا قول محمد. وروى عن أبى يوسف أنه قال : ليس له أن يُخرج الوكيل من الإقرار عليه ولا من أن يوكل عليه إلا بمحضر من الطالب إذا كان فى الابتداء قد وكله وكالة مطلقة ولم يحجر عليه فى الإقرار ، أو وكله وجعل إليه أن يوكل عليه من رأى ثم أراد أن يحجر عليه بعد ذلك] . إنما وجه قول محمد فلأن جواز الإقرار على الموكل وتوكيل الغير ليس بحق [2] للطالب بدلالة أن الطالب لو قال فى الابتداء : لا : أقبل إلا وكيلا يجوز إقراره عليك وتوكيله غيره لم يُلتفت إلى قوله . ولا يلزم المطلوب أن يوكل وكيلا يجوز إقراره عليه وتوكيله عليه . كذلك بعد ما جعل إليه ذلك — إلى الوكيل — كان له أن يحجر [3] عليه فى ذلك ، إذ ليس ذلك بحق للطالب ، وإنما حق الطالب الخصومة فقط . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن الإقرار وجواز توكيل الغير قد تعلق //[ف ١٤٣ أ] به حق الطالب ، فإن لم يكن له فى الابتداء ذلك فليس للطالب أن يحجر عليه فى ذلك كما ليس له أن يحجر عليه فى الوكالة بالخصومة ما لم يحضر الطالب ، إلا أن يستبدل به غيره .

621 باب إثبات النسب

الأصل فى هذا الباب أن المدّعى لإثبات النسب أو غيره إذا ادعى إثبات النسب أو ذلك المعنى بينه وبين المدّعى عليه فإن القاضى يقبل خصومة المدعى

---

620 (١) ساقط من ل .
(٢) مزيد فى ل هنا : الغير .
(٣) ل : لا يجوز .

وإن لم يدع به حقاً غيره . وإن كان النسب الذى يدعى المدعى، [١] أو المعنى الذى يدعيه حقاً يثبت من غيرهما أوّلا ، لم يكن بينهما خصومة ، إلا أن يدّعى المدعى [١] بذلك إثبات حق آخر لا يتوصل إلى إثباته إلا باثبات النسب . فأما الفصل الأول فانما يكون خصما لأن الحق المدعى يثبت بينهما ، فصار كالطالب // [ل ١٦٥ب] والمطلوب فى الدين إذا كانا حاضرين تقبل الخصومة . وأما الفصل الثانى فانما لم تقبل الخصومة إذا لم يدّع به حقاً غيره فلأنّ هذا حق على الغائب، والحكم على الغائب غير جائز عندنا ما لم يدع الحاضر بذلك إثبات حق على الحاضر . فاذا ادعى إثبات حق على الحاضر ، ولا يتوصل إليه إلا باثبات الحق [على [٢]] الغائب كان له أن يخاصم الحاضر ويثبت الحق عليه وعلى الغائب إذا كان الحق حقاً واحدا . ألا ترى لو أن رجلا جاء وادعى على رجل أنه فى يده وديعة لفلان لم يلتفت إلى قوله ، ولو قال : لى على فلان المودِع دين ووكل هذا بأدائه إلىّ من الوديعة التى فى يده ، وأقام على ذلك بينة قبلت بينته وإن كانت الوكالة على الغائب وإثبات الوديعة للغائب ، لأنه لا يتوصل إلى استيفاء حقه إلا من هذه الجهة . فصار خصما فى إثبات وكالة المودع وكون الوديعة فى يده من جهة الغائب . وكما قالوا فى غرماء الميت إذا لم يدعوا الدين على الميت وأرادوا إثبات التركة فى يدى الورثة لم يلتفت إلى قولهم ، ولو [ادعوا] [٣] المال على الميت قبلت بينتهم على موت الميت وترك المال فى يده ، لأنه لا يتوصل إلى استيفاء حقه إلا باثبات موت الميت وأنه قد ترك مالا فى يدى الورثة . فكذلك ما ذكرنا مثله . فاذا كان هذا على ما وصفنا جئنا إلى مسائل الباب فقلنا :

622 } إن الرجل إذا ادعى على رجل أنه أخوه لأبيه وأمه ، وجحد ذلك

---

621 (١) ساقط من ل . (٢) فى الأصل : على أن .

(٣) فى الأصل : ادعى .

المدعى عليه ، فقال المدّعى : أنا أقيم البينة على ذلك ، فإن القاضى يقول للمدعى إذا كان قِبله ميراثاً يدّعيه من قِبل أبيه أو من قِبل أمه ، أو كان زمِناً فطلب نفقته ، أو يدعى عليه حقاً من الحقوق التى تتعلق بالنسب ، فيقبل بينته على ذلك ويجعله أخاه { لِما بينا ، من قِبل أن الأخوة // [ف ١٤٣ب] لا تثبت بينهما إلا بالنسب من جهة الأب ، فيكون ذلك حكما على الأب الغائب ، فلا يُقبل . وإن لم يدع بذلك حقاً غير إثبات النسب[1] لم يلتفت إلى[1] بينته . ولو ادعى أنه أبوه قبلت بينته لأن البنوة حق يثبت بين الإبن والأب ، // [ل ١٦٦ أ] فالخصم فيه هو المدعى عليه دون غيره . { وكذلك لو ادعى أنه ابنه فهو مثل هذا { لِما بينا . { ولو ادعى أن هذه امرأته ، أو ادعت المرأة أن هذا زوجها وأنكر المدعى عليه ذلك ، تُقبل بينة المدعى وإن لم يدّع به غير الزوجية { ، لأن الزوجية حق يثبت بين المدعى والمدّعى عليه ، وليس ذلك حكما على الغائب فيكون الخصم فيه المدعى عليه . { وكذلك المولى لو ادعى أن هذا الرجل كان عبده وأنه أعتقه ، أو ادعى العبد أن هذا الرجل أعتقنى وهو مولاى ، وأنكر المدعى عليه ، قبلت بينة المدعى من الوجهين جيعاً { ، لأن الولاء حق يثبت بين المعتِق والمعتَق ، فالخصم فى إثباته [ونفيه][2] المعتِق والمعتَق ، لا غيرهما .

623 قال[1] : { ولو أن رجلا فى يده صبىّ التقطه فجاءت امرأة فأقامت بينة أنها حرة الأصل وأن هذا الصبى أخوها لأمها وأبيها ، قبلت بينتها وأثبتت نسبه منها وجعلته أخاها ودفعه إليها { لأن الأخوة وإن كانت حقاً يثبت أولا من جهة غيرهما فإن المرأة هوذا[2] تدعى بها إمساك الصبى ، وهى لا تتوصل إلى ذلك إلا بإثبات الأخوة . فيكون خصما فى إثبات الأخوة لما بيّنا فيما تقدم .

---

622 (١) ساقط من ل .
(٢) فى الأصل : ونفيه .

623 (١) ساقط من ف .
(٢) كذا فى الأصل ، والأصح : ها هنا .

624 { ولو أن رجلا له على رجل ألف درهم دين ، أو له فى يده ألف درهم غصب ، أو وديعة ، فمات صاحب المال ، وجاء الرجل فقدم الذى قِبله المال إلى القاضى ، فقال : إن صاحب هذا المال مات وأنا ابنه ووارثه لا وارث له غيرى ، فإنْ صدقه الذى قِبله المال فيما يدعى من المال أمره القاضى بدفع المال إليه ، ويأخذ القاضى منه كفيلا بذلك فى قول أصحابنا . وإن أنكر المدعى عليه جميع ما ادعى من وفاة الرجل وأنه ابنه وهو مقر بالمال فأراد المدعى استحلافه ، فإن الحسن بن زياد استحلفه على علمه : بالله ما يعلم أن فلان بن فلان الفلانىّ توفى وأن هذا ابنه . فإن نكل عن اليمين أمره القاضى بالدفع إليه . وإن حلف على ذلك قيل للمدعى : ثبِّت دعواك . وقال : قد رُوى عن أصحابنا أنهم قالوا : نحلفه على علمه مثل ما قال // [ل ١٦٦ ب] الحسن بن زياد بعد أن كانوا يقولون لا نحلفه على ذلك } .

قد انتظمت هذه الجملة دعاوى ، أحدها موت الميت ، والثانى أن هذا وارثه ، والثالث أن [للميت][(1)] فى يد هذا المدعى عليه مالا . فإذا جاء الرجل وادعى موت الميت ، وأنه ابنه ، وللميت فى يد هذا مال ، يقال للمدعى عليه ، فإن أقر بجميع ذلك فإن القاضى يأمر الرجل بدفع المال إلى المدعى ويأخذ منه كفيلا فى قول أبى يوسف ومحمد ، ولا يأخذ // [ف ١٤٤ أ] فى قول أبى حنيفة . وقد بينا هذا فيما تقدم — أعنى معنى الكفيل - وأما الدفع فإنه قد مر أيضاً . ووجهه أن هذا لا يقع به القضاء على الميت ، وأنه هو قضاء على الذى فى يديه المال . ومتى ما ظهر أن صاحب المال لم يمت أُخِذَ المقر بذلك كما قلنا فى الوكيل بقبض الدين : إذا صدقه المدعى عليه فى ذلك أمره القاضى بأداء دينه عن الغائب وإن لم يكن ذلك قضاءً على الغائب . وأما فى الوديعة فإنما يؤمر بدفعها أيضاً إلى الوارث إذا أقر بها المودَع . وفارق هذا الوكيل لأن الوارث يخلف الميت فى ملكه ، فإذا أقر بأنه وارثه فقد اعترف

---

624 (١) فى الأصل : الميت .

بأنه قائم مقامه ، فعليه تسليم الوديعة إليه . وأما الوكيل فلا يخلف الموكل فى ملكه ، فلذلك افترقا ، ولا يشبه هذا الوصى . إن المقر لا يصدق على أن هذا وصى الميت ولا يؤمر بدفع شيء إليه لأن الأمر بالدفع إلى الوصى حكم على الغائب ، إذ القاضى ينصب الأوصياء عن الميت ، فصار أمره بالدفع إليه كنصبه له وصياً على الميت : وليس للقاضى أن ينصب عن الميت وارثاً ، ولا يكون أمره بالدفع إليه نصباً للوارث إذ لم يكن له إلى ذلك سبيل . فلا يقع الحكم بذلك على الميت . فهذا حكم إقراره بالمال والموت وكون المدعى وارثاً .

فإن أقر بالمال ولم يكن يقر بالنسب ولا موت صاحب المال فإنه قد قال عن الحسن إنه يُحلف على دعوى المدعى . وهو قول أصحابنا الأخير ، وقولهم الأول أنه لا يُحلَّف . فأما وجه قولهم الأول فلأن النسب والموت لا يثبتان بقول المدعى عليه ، لأنه لو أقر أيضاً لم يحكم القاضى بموت الميت ، ولا يكون المدعى وارثاً // [ل ١٦٧ أ] وإنما يحكم على المدعى عليه بإقراره . فإذا كان كذلك لا معنى لاستحلافه . ووجه قول الحسن ، وهو قول سائر أصحابنا الأخير ، أن للمدعى حقاً فى استحلاف هذا لأنه لو نكل عن اليمين لزمه تسليم المال ، فلذلك حُلف . وقد تقدم قبل هذا أن الوارث لا يكون خصما فى إثبات المال على قول أبى حنيفة حتى يُثبت أنه وارث الميت وأن أباه قد مات لأنه لا يصير خصما إلا عند ذلك . وكذلك الوكيل والوصى كما قالوا جميعاً فى الرد بالعيب إنه لا يكون فى إثبات الرد حتى يثبت العيب . فإذا كان كذلك ففى مسئلتنا لو أنكر ذلك المال والنسب[٢] ، وجب أن لا يكون خصما فى إثبات المال حتى يثبت الموت والنسب بالبينة . فإذا ثبت ذلك ، حينئذ كان خصما فى إثبات المال .

---

(٢) كذا فى الأصل ، والمعنى ناقص .

625 قال : { وإن أقر الذى فى يديه المال بموت الميت وأنكر أن المدعى وارثه فإنه يُحلف : بالله ما يعلم أن هذا فلان بن فلان } — يعنى الميت . وهذا على ما بينا من القول الأول والآخر وهو قول الحسن // [ف١٢٤ب] ووجهه ما قدمنا .

قال : { فإن أقر بأنه وارثه إلا أنه قال : لا أدرى له[1] وارثاً غيره ، فإن القاضى يتلوّم وينظر ، فإن جاء وارث آخر ، وإلا دفع المال إلى هذا . وإن رأى أن يأخذ منــه كفيلا بذلك فعل } — يعنى من الوارث . وقد بينا فيما تقدم أن على قول أبى حنيفة لا ينبغى أن يأخذ منه كفيلا ، وعندهما يجوز احتياطاً .

626 قال : { وإذا أراد الرجل أن يثبت نسبه من أبيه ، وأبوه ميت ، فإن القاضى لا يسمع من شهوده إلا على خصم ، والخصم فى ذلك وارث الميت[1] أو غريمه ، كان للميت عليه حق أو له على الميت حق ، أو موصى [له] أو وصىّ } . وقد بينا فيما تقدم فى مسائل الوصى من قِبل أن الوارث يريد أن يثبت نفسه خصما عن الميت ، ولا يمكن إثباته خصما عنه ببينة إلا بخصم ، إذ البينة لا تُقبَــل على غير خصم . فإذا كان كذلك ، لا بد من إحضار خصم حتى يثبت نسبه . وخصوم الميت هؤلاء الذين سميناهم لأن الوارث خصم فيما يدعى للميت وعليه . وكذلك الوصىّ والموصى له يكون خصما // [ل ١٦٧ ب] أيضاً إذا لم يكن للميت دين ، فيستحقون أخذ ما أخذه الموصى له ، أو لم يظهر له[2] دين فيكون خصما فيما يستحقه من مال الميت بالوصية . والغريم الذى عليه حق الميت خصم فيما يُستحق عليه للميت والغريم الذى له حق على الميت خصم فيما يَستحق على الميت . فإذا كان كذلك قُبلت بينة الوارث على نسبه من الميت بحضرة واحد من هؤلاء .

---

625 (١) ف : أنه .

626 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .

627 باب إثبات الدين والحقوق على الميت

قال : { وإذا توفى الرجل وادّعى رجل عليه حقاً أو شيئاً مما كان فى يديه: داراً أو ضيعة أو غلاماً أو جارية أو عرضاً من العروض ، أو ادعى عليه ديناً ، فخاصمه فى ذلك بعض الورثة أو الوصىّ . فأراد أن يثبت حقه بمحضر من الوارث أو الوصى ، فذلك جائز على جميع الورثة } من قبل أن الوارث الواحد خصم عن الميت ، ألا ترى أن له أن ينفذ وصاياه ويرد المبيع على بائعه بالعيب ؟ (١ فإذا كان كذلك قُبلت بينة المدعى على الوارث بثبوت الدين عليه ويقضى على الميت بذلك(١) لأن البينة قد سُمعت على خصم فيقضى بها . وإذا قضى بالمال على الميت صار ذلك قضاء على جميع من يستحق من جهة الوارث والموصى له وغير ذلك . فلذلك قلنا : إن أحد الورثة يجوز أن يقبل بينة [على] المدعى عليه ويكون ذلك قضاء على سائر الورثة .

628 قال : { فإن أقر الوارث بالدين الذى ادعاه الخصم لزمه فى حصته حتى يستغرق ذلك جميع حصته(١) . فلا يجوز الإقرار على الميت وإن كان خصما عنه فى سماع البينة عليه } من قبل الوارث وإن كان خصما فى سماع البينة عليه ، فإن تصرفه على الميت غير جائز ، لأن الميت لم يُقمه مقام نفسه ، فلا // [ف ١٤٥ أ] يجوز إقراره عليه . وأيضاً فإن تصرف الإنسان فيما يكون فيه ضرر على الميت لا يجوز . ألا ترى أن الوصى له أن يتصرف على الميت ومع ذلك لا يجوز إقراره لأن فيه ضررا على الميت ؟ وكذلك القاضى يتصرف على الميت ولا يجوز إقراره عليه أيضا فيما لا يتغابن الناس فيه ، لأن فيه ضررا على الميت. فقد بان لك أن تصرف الإنسان فيما يضر بالميت غير جائز عليه . وكذلك

---

627 (١) ساقط من ل .

628 (١) ساقط من ل .

إقرار الوارث بالدين لا يجوز على الميت . وليس كذلك قبول البينة عليه لأن المدعى يدعى على الوارث استحقاق ما فى يديه بالدين الذى يدعى على // [ل١٦٨ أ] الميت، فلذلك قبلنا بينته عليه وصار خصما عنه من هذه الجهة . ولا يشبه هذا الوكيل . عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد جميعاً يجوز إقرازه عند القاضى على الموكّل ، وعند أبى يوسف يجوز عند غير القاضى أيضاً من قبل أن الموكل قد أقام الوكيل مقام نفسه فى الخصومة ، وليس تصرفه مقصوراً على ما لا يلحق الضرر بالموكل . ألا ترى أن أبا حنيفة يجوّز بيعه بما لا يتغابن الناس فيه ؟ فدل ذلك أن تصرفه من جهة الأمر ، ليس هو على وجه الاحتياط كما يكون التصرف على الميت . فإذا كان كذلك جاز إقراره عند القاضى كما تجوز خصومته عندهم إذ الخصومة قد تضمنت الإقرار والإنكار ، وفارق الوارث والوصىّ جميعاً . أما الوارث فلأن الوكيل قائم مقام الموكل ، وتصرفه غير مقصور على جهة الاحتياط ، والوارث لم يقم مقام الميت فى التصرف فلا يجوز تصرفه عليه لأن الميت لم يقمه مقام نفسه . وأما الفرق بينه وبين الوصى فان الوصى وإن قام مقام الميت فان تصرفه مقصور على الاحتياط ، فلا يجوز فيما يضر بالميت ، فلذلك لم يجز إقراره عليه . وأما الوكيل فإنه يتصرف من جهة الأمر (٣)والأمر لا يوجب الاقتصار على التصرف فيما لا يضر به الموكل وإنما الاعتبار بلفظ الأمر(٣) . فاذا انتظم الأمر ما فعل الوكيل جاز على الموكل . وقد بينا أن الإقرار قد دخل تحت الوكالة ؛ فلذلك جاز إقراره عليه . والمعنى الذى قالوا فى الوارث أن إقرار الكفيل بالدين لايجوز على المكفول عنه لأن الكفيل إنما صار خصما فى قبول البينة عليه بإثبات الدين على المكفول عنه ، لأن ذلك الدين يُستحق من ماله ، فيقبل ببينة عليه . ولا يجوز إقراره لأن تصرفه غير جائز على المكفول عنه ، لأن المكفول عنه لم [يقمه](٤) مقام نفسه

(٢) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

(٤) فى الأصل : يقم .

إلا فى الأداء[٥] ، فلذلك لم يجز إقراره عليه . وكذا الوارث إنما صار خصما فى قبول البينة عليه بما يدعى [على] الميت ، لأن المال مستحق مما فى يده من التركة ، فلا يجوز إقراره لأنه لا // [ف ١٤٥ب] يجوز تصرفه على الميت ، إذ الميت لم يقمه مقام نفسه فى التصرف ، فلا يجوز تصرفه فى حال موته كما لم يجز فى حال حياته . فإذا كانت كذلك قلنا فى مسئلتنا : // [ل ١٦٨ ب] إن إقرار الوارث يجوز على نفسه دون الميت ، فيُستوفى مما فى يده ما أقر به حتى يُستغرق جميع ما فى يده بذلك الدين ، لأنه قد اعترف أنه لا حق له فى التركة بالميراث إلا بعد قضاء الدين ، فيبدأ به على الميراث . ولو كان الشىء المدعى به مما كان فى يدى الميت فأقر له الوارث بذلك كان حقه من ذلك المقر له ، والورثة الباقون[٦] على حقهم . وهذا مثل أن يكون عبداً أو غير ذلك من الأعيان ، [فأقر][٧] الوارث بأنه لهذا الرجل ، وهو بينهم ، فإقرار الوارث جائز فى حصته ، فلا يجوز على سائر الورثة ، لأن إقرار الإنسان جائز فى حصته ولا يجوز على سائر الورثة ، لأن إقرار الإنسان جائز على نفسه ولا يجوز على غيره .

629 قال[١] : { وإذا ادعى قوم على الميت ديوناً فأرادوا أن يثبتوا ذلك ، فليس لهم أن يثبتوا ذلك إلا بمحضر من وارث أو وصى . وليس لهم أن يثبتوا ذلك على غريم الميت ، عليه دين أو له على الميت دين ، ولا موصى له }. وذلك أن المدعى يدعى استحقاق الدين على الميت فلا يخاصم عنه إلا من له الخصومة عن الميت ، والوارث والوصى يخاصمان عن الميت . ألا ترى أن لكل واحد منهما أن يرد المبيع بالعيب على بائع الميت ، والموصى له والغريم ليس له أن يرد

---

(٥) ل : الأول . (٦) فى الأصل : الباقين .

(٧) فى الأصل : أقر .

629 (١) — القط من ف .

المبيع على بائعه بالعيب لأنهما لا يخاصمان عن الميت وإنما يخاصمان عن أنفسهما؟ فلذلك لا تقبل بينة المدعى لإثبات الدين على غير الوارث والوصى . وليس هـذا كالمدعى لإثبات النسب من الميت بأنه ابنه أو وارثه . إن كل هؤلاء يكونون خصما فى إثبات النسب ، وتقبل بينته على كل واحد منهما .

630 قال : { فإن لم يكن الميت أوصى إلى أحد وكان ورثته صغاراً ليس فيهم من يقوم بحجة ، فينبغى للقاضى أن يجعل لهم وصياً يقوم بأمرهم ويُدلى بحجة إن كانت لهم فيما يُدعى على الميت ، فيثبت الغرماء بمحضر من هذا الرجل الذى جعله للقاضى وصياً } ، من قبل أن للقاضى أن ينصب عنه وصياً ، لأن تصرفه جائز عليه ، وتصرفه أجوز من تصرف الوصى . وكما كان للوصى[1] أن يوصى إلى غيره [وأن][2] يوكل غيره ، فالقاضى أحرى .

قال : { فإذا ثبتت حقوقهم وسألوا القاضى أن يأمره بدفع ذلك إليهم من مال الميت ، فينبغى للقاضى /// [ل١٦٩ أ] أن يستحلف كل واحد منهم قبل أن يدفع إليه ذلك : بالله عزّ وجلّ ، ما قبض من هذا المال الذى ثبت له ولا شيئاً منه من فلان ، ولا من أحد أدّاه إليه عنه ، ولا قبض له قابض ///[ف ١٤٦أ] بأمره ، ولا أبرأ الميت منه ولا من شىء ، ولا حط عنـه من ذلك شيئاً ولا احتال[3] به ولا بشىء منه [4]على أحد ، ولا أحال بذلك ولا بشىء منه[4] على فلان الميت ، ولا ارتهن بذلك ولا بشىء منه رهناً من فلان الميت } .

631 قال : { وكذلك إن مات رجل ولم يوص إلى أحد ولم يخلّف وارثاً ، وادعى قدم عليه مالا وحقوقاً ، فإن القاضى يجعل له وصياً ثم يدعوهم ببيناتهم على ما يدعون بمحضر من الوصى الذى جعله القاضى } ، من قبل أن للقاضى أن

---

630 (١) ل : الموصى . (٢) فى الأصل : أن .
(٣) ف : أحال . (٤) ساقط من ف .

ينصب وصياً عن الميت يخاصم عنه إذا لم يكن هناك خصم ، لأن له أن يتصرف على الميت . فكما كان للميت أن ينصب عن نفسه خصما فى حال حياته ، كذلك للقاضى أن ينصب عنه خصما .

632 قال : { فإن كان للميت ورثة فى بلد آخر ، وماله وتركته حيث توفى ، وادّعى قوم عليه حقوقاً وأموالا ، فإن كان البلد الذى فيه ورثة الميت هذا منقطعاً عن هذا البلد[1] جعل له القاضى وصياً } ، لأن الذى يكون فى البلد المنقطع كالميت . ألا ترى أنهم قالوا فى التزويج إن للولىّ الآخر أن يزوّج الصغيرة ، وجعلوا ذلك بمنزلة الميت . كذلك ها هنا [من][2] يكون غائباً غيبة منقطعة لا يجوز للقاضى أن ينتظره و يبطل حق هؤلاء ، فينصب للميت وصياً يخاصم عنه .

633 قال : { وإن لم يكن منقطعاً وأرادوا أن يثبتوا حقوقهم عند هذا القاضى ليحكم لهم بذلك لم يقبل ذلك منهم على هذا } ، لأنه لا يجوز أن يحكم على الغائب . { ولكن إن سألوه أن يسمع من شهودهم ويكتب ما يصح عنده من أمرهم إلى القاضى الذى فى البلد الذى فيه ورثة الميت ، فيسمع من شهودهم ثم يكتب لهم بما يصح عنده من أمرهم إلى ذلك القاضى . فإذا أرادوا الكتاب على القاضى جمع بينهم وبين بعض الورثة وفض // [ل١٦٩ب] الكتاب وعمل بما فيه ، ودعا الورثة بحجة إن كانت لهم حجة ، وإن لم [1]يكن لهم حجة[1] حكم للقوم بحقوقهم . فان كانت ديونا[2] من مال الميت استحلفهم على ما وصفنا ثم أمر بالدفع إليهم وإن لم يكن هناك مال ، وكان فى ذلك البلد[3] ، حكم لهم بحقوقهم وكتب إلى هذا القاضى يعلمه : وصل إليه فى كذا وكذا وعليه له[4] ،

---

632 (١) مزيد فى الأصل هنا : الذى . (٢) فى الأصل : ما .

633 (١) ف : يأتوا بحجة . (٢) ف : مال .

(٣) أى كان المال فى البلد الأول . (٤) كذا فى الأصل .

وأنه جمع بينهم و بين فلان بن فلان وارث فلان بن فلان ، وأقر عليه كتابه ، فأمره أن يأتي بحجة إن كانت له في ذلك ، فلم يأت بحجة تدفع(٥) ما ثبت لهؤلاء القوم ، وأنه قد حكم لهؤلاء القوم المسلمين في هذا الكتاب بما ثبت لهم ، ويعين ما حكم به لكل واحد منهم من ذلك ، ويعلمه في كتابه أنه لم يكن في حضرته من تركة الميت ما يقضيهم من حقوقهم ، وأنه لم يستحلف منهم على شيء مما حكم له به . فاذا ورد الكتاب على هذا القاضي استحلفهم على ما فسرنا //[ف١٤٥ ب] ثم أمر بالدفع إليهم } .

أما كتاب القاضي فقد بيّنا جوازه فيما تقدّم . وأما استحلافهم على ما يستحقون من مال الميت إذا كان عند المكتوب إليه مال ، فلما بينا أيضاً أن القاضي ينبغي أن يحتاط في مال الميت ، فلا يدفع إلى الغرماء شيئاً حتى يستحلفهم : بالله ما برىء الميت من هذا الحق الذي تدعونه عليه ولا شيء منه بوجه من الوجوه ، ولا ارتهنتم به رهناً ولا بشيء منه على وجه فإذا حلفوا على ذلك دفع إليه المال بالدين . وإن لم يكن المال عندهم فلا يحلفهم ، ويبين في الكتاب إلى القاضي الذي كتب إليه أول مرة أني لم استحلفهم ويبين القصة فيه على ما بينا ليقف القاضي على ماجرى من الحكم أو يستحلفهم على مايدفع إليهم من الدين لأن الاستحلاف يجب عند استحقاق(٦) المال ، فلا يحلفهم إلا القاضي الذي يقضي دين الميت . ألا ترى أنه لو لم يكن هناك مال للميت لم يستحلفهم على شيء من ذلك . وحكم سائر أموال الميت من العقار وغيره كحكم المال الصامت(٧) في هذا الباب ، لأنه يستحق جميع ذلك بدين الغرماء ، فسبيله سبيل واحد .

---

(٥) ل : فدفع . (٦) ل : استحلاف .

(٧) المال الصامت هو الذهب والفضة .

634 مســـألة

{ ولو أن رجلا توفى فجاء قوم إلى القاضى فقالوا : إن فلانا توفى ولنا عليه أموال ، وقد ترك مالا ، وقد شد[1] ورثته على وراثته // [١٧٠ أ] فهم يتمزقونه ويفرقونه ويتلفونه ، وسألوا القاضى أن يأمر بالاحتياط به حتى يثبتون عنده حقوقهم ، فإنه لا يجب على القاضى أن يعترض[2] للورثة فيما فى أيديهم قبل أن يصح لأحد من هؤلاء على الميت شىء } ، لأنه لم يثبت لهم حق على الميت ، فليس له أن يمنع الوارث من التصرف من غير حق ثبت على الميت ، ولا معنى يوجب استحقاق التركة .

قال : { فإن استحسن القاضى أن يأمر بالاحتياط بذلك أياما يسيرة حتى ينظر فيما ادعى هؤلاء القوم ، فان ثبتوا حقوقهم ، وإلا أطلق للورثة ما فى أيديهم ، فلا بأس بذلك إذا كانت الورثة غير مأمونين على تركة الميت } ، لأن للقاضى أن يحتاط فى مال الميت ، فإذا لم يأمن الورثة فله أن يأمر بالاحتياط[3] لأنه يكون فيه حفظ مال الميت . وكذلك لو ادّعى المدّعى وصية من الميت .

635 قال : { ولو ادعى دينا على ميت وقدم وارثا من ورثته إلى القاضى فأقر له بحقه فأراد الطالب أن يقيم البينة عند القاضى على حقه ليكون حقه فى جميع مال الميت ، ويلزم ذلك جميع الورثة فإن القاضى يقبل منه ويسمع من شهوده ويحكم له فى جميع مال الميت بدينه } ، من قِبل أن الغريم وإن كان يقدر أن يستوفى حقه مما فى يدى الوارث المقر بدينه ، فإن له حقا فى إقامة البينة بالدين على الميت ، لأن الدين إذا[1] // [ف ١٤٧ أ] ثبت بالبينة على

634 (١) فى الأصل : شدوا . (٢) ف : يعرض .
(٣) ف : بالاحتفاظ .
635 (١) ساقط من ل .

الميت لا يبطل لو ظهر دين آخر على الميت . وما ثبت بإقرار الوارث ، لو ظهر دين آخر بالبينة على الميت بَطَـل ويكون الدين الذى ظهر أولى . فإذا كان كذلك فللغريم الطالب فى هذا حق ، فيقبل بينته عليه وكذلك لو كان مكان الدين وصية بمال لهـــذا ، فأقر به وارث واحد ، فهو مثل هذا . وكذلك لو أقرّوا جميعاً فله أن يقيم البينة على إثبات الوصية من جهة الميت [٢] لئلا يبطل عند ظهور وصية أخرى بالبينة . وقد قال : { ولو كان وارث الميت[٢] الحاضر صغيراً وله ورثة آخرون كبار غُيَّب ، فإن القاضى ينصب له وكيلا يخاصم عنه على الدين على الميت } ، لأنه لا يجوز أن يحكم على الميت بغير خصم . والصغير ليس بخصم ، وكذلك الغُيَّب ولا يجوز أيضاً إبطال حق الطالب كما // [ل ١٧٠ ب] قلنا فى المسئلة المتقدمة . وينبغى أن يكون هذا إذا كانت الغيبة منقطعة . فأما إذا لم يكن منقطعاً فينبغى أن يكتب بذلك كتاباً على ما بينا فيما تقدم ، لأن كون الصغير وعدمه بمنزلة فى هذا الباب إذ ليس له ولاية فى الخصومة عن الميت .

636 قال : { ولو أن رجلا مات وله ابنان كبيران ، أحدهما غائب والآخر حاضر ، فادعى الحاضر أن له على أبيه ألف درهم ، وأحضر رجلا ذكر أن لأبيه عليه ألف درهم ، فقال للقاضى : اسمع من شهودى على أن لأبى على هذا ألف درهم واسمع من شهودى الآخرين أن لى على أبى ألف درهم ، فإن القاضى يسمع من الشهود الذين يشهدون للأب ويحكم للأب على الأجنبى بألف درهم ، ولا يسمع من شهود الابن بالدين إلا بمحضر من وارث معه أو وصى } . أما إثبات دين الميت على غريمه فلأن الوارث الحاضر خصم فيقبل بينته على المطلوب بالدين إذ البينة مقبولة على خصم . وأما إثبات دين الحاضر على الميت فلا يجوز أن يقبل البينة عليه لأنه ليس هناك خصم يخاصم عن الميت مع

(٢) ساقط من ل .

الحاضر ، والحاضر لا يجوز أن يكون خصما لنفسه عن الميت ، فلم يسمع بينته حتى يحضر مَن يخاصم عن الميت مع الحاضر إما وصى أو وارث غيره . وإقرار الوصى غير جائز بدين على الميت ولا بغيره ، إلا أن يكون الوصى هو الوارث فيجوز إقراره على نفسه فيما فى يده دون سائر الورثة ، لأنه لايجوز إقرار أحد على الميت ، إذ لم يجز لأحد أن يتصرف على الميت فيما يضر به . وأما إذا كان وارثا فالإقرار يلزمه فى نفسه دون الميت . ألا ترى أنه لو ظهر على الميت دين كان للغرماء أن يستحقوا الدين من جميع التركة فيبطل دين المقر له حتى يستوفى الذى // [ف ١٤٧ ب] ظهر دينه على الميت حقّه ؟

637 مسألة

{ولو أن رجلا مات وعليه دين وترك ألف درهم وترك ابنا ، وقال الابن: هذه الألف وديعة كانت عند أبى لفلان بن فلان ، وجاء فلان بن فلان يدّعى ذلك ، فصدقه غرماء الميت فى ذلك ، أوكذبوه وقالوا : الألف للميت ، أو قالوا : لا ندرى لمن هى ، أو قال الابن : لا أدرى لمن هى ، فأراد المدعى الوديعة // [ل ١٧١ أ] استحلاف الإبن عليها ، أو قال الابن : الألف لأبى : فإن القاضى يقضى الغرماء الألف عن الميت ، ولا يجعلها المدعى الوديعة ، وتصديق الغرماء للمدعى أنها له وتكذيبهم فى ذلك سواء . إلا أن الغرماء إذا قالوا : نحن نعلم أنها لهذا المدعى قضاه[١] القاضى إياهم ثم يرجع المودع فيأخذها منهم بإقرارهم أنها له } . وذلك لأن إقرار الوارث والغريم غير جائز على الميت فلا يثبت بذلك دين الميت ، فصار وجوده وعدمه سواء . فينبغى أن [٢] ينفذ منه [٢] . فإن كان المقرّ بذلك الدين الغرماء الذين قبضوا

---

637 (١) أى المبلغ .

(٢) كذا فى ف، ج . وفى ل : يتقدمه . والمعنى غير واضح .

المـال سلموه إلى المقـَرّ له به ، وإن كان وارثا ولم يبق فى يده شىء [٣] فلا شى [٣] للمقر له عليه ، لأن الوارث إنمـا أقر على الميت ولم يقرّ على نفسه . وأيضا فإن الغريم إذا أقر بدين على الميت لم يسقط دينه على الميت لذلك ، لأن الإقرار لم يلزمه هو وإنما لزم الميت . وإقرار الإنسان على الميت غير جائز ، والوارث إذا كان هناك دين لم يملك التركة ، فالإقرار لم يقع على شىء فى يده حتى يُقبَـل . وإذا وقع على الميت فلا يُقبل إقرار الإنسان على الميت ولا يمين على الابن فى شىء من هذا . إلا أنه لو أقر بالدين لم يثبت ، فلا معنى لليمين عليه .

638 مســـألة

{ ولو أن رجلا ادعى على ميت مالا وأحضر رجلا ذكر المدعى أنه ابن الميت ووارثه ، لا وارث له غيره ، وذكر أن فى يده مالا ورثه عن أبيه ، وأن له على أبيه ألف درهم ، فقال المدعى على أبيه المـالُ : أنا فلان بن فلان الفلانى ، وقد مات أبى ولا وارث له غيرى ، وفى يدى مال ورثته عنه ، ولم أعلم لهذا الرجل على أبى شيئاً ، فأراد المدعى استحلافه على ذلك ، حلـّفه له القاضى على علمه . فإن حلف ، فأقام المدعى البينة أن له على فلان بن فلان الفلانى ألف درهم ، وأن فلانا مات وأنهم يعرفون هذا الذى حضر مع المدعى وزعم أنه فلان بن فلان ، فإن القاضى يحكم على هذا الذى فى يده ويأمر بدفع المال إلى الطالب بهذه البينة التى شهدت على الميت بالدين . ولا يكون ذلك قضاء على الميت ولا على ورثته { . أما استحلاف هذا الذى يدعى أنه ابن الميت إذا لم // [ل ١٧١ ب] يكن للطالب بينة على الدين فلأن الطالب // [ف١٤٨ أ] [١] يدعى استحقاق [١] ما فى يدى الابن بدينه على الميت ، فيحلف

---

(٣) ساقط من ل .

638 (١) ل : وهى استحلاف .

على ذلك ، لأنه لو نكل عن اليمين لزمه تسليمه إليه ، وإن لم يكن قضاء على الميت كما يلزمه تسليمه بإقراره بدين الطالب على الميت . وليس هذا الإقرار والنكول يقع على الميت لأن إقراره غير جائز الميت ، ولكن يلزمه فى نفسه فيجب عليه تسليم ما فى يده إلى الطالب . وأما إذا أقام البينة على الوجه الذى بينا فإن القاضى يحكم بتسليم ما فى يدى الإبن إليه بدينه ، لأن الذى فى يديه قد اعترف بأنه خصم فيما فى يده ، وأن الطالب متى أقام البينة بالدين على الميت استحق ما فى يده ، فتُقبل بينة الطالب عليه ، ولا تُقبل فى القضاء على الميت ، لأن نسب هــذا من الميت لم يثبت ببينة [٢] فلا تكون خصومة على الميت[٢] ، وإذا لم يثبت أنه خصم لم يثبت الدين على الميت بخصومة خصم غير ثابت الخصومة ، فلا يكون ذلك قضاء على الميت ، بالدين ولا باستحقاق التركة ، ولكن يُستحق من يدى الذى المال فى يده لأنه معترف بأن الطالب أولى حيث أقر أنه ابن الميت وأن المال ورثه عن الميت .

639 قال : { وينبغى للقاضى أن يستحلف الطالب : بالله عــز وجل ، ما قبضتَ هذا المــال من فلان الميت ولا من أحد أدّاه إليك عنه ، ولا قبضه لك قابض بأمرك ، ولا أبرأت فلاناً منه ولا من شىء منه [٢] ولا [أحلت] [١] بذلك ولا بشىء منه على أحد ، ولا عندك به ولا بشىء منه [٢] رهن . فإذا حلف بذلك أُمر بالدفع إليه ، فإن شاء ، اقتصر [٣] لحلفه : بالله ما برىء الميت من هذا الحق الذى تدعيه قلبه ولا من شىء منه ، ولا عندك بشىء منه رهن }. وذلك لمــا بينا أن للقاضى أن يحتاط فى مال الميت ، لأنه لا يأمن أن يكون الطالب قد استوفى حقه ، وليس ها هنا مَن يدعى على الطالب قضاء دينه .

---

(٢) ل : فللطالب عليه ولا تقبل فى القضاء بكون خصومته غير الميت .

639 (١) ف ، ج : احتلت . (٢) ساقط من ل .

(٣) ف : اختصر .

وعسى لو كان الميت حياً كان ادّعى ذلك فيحتاط له القاضى بما يكون أحوط لماله . وكذلك لو قالت الورثة : لا نريد يمين الطالب لم يلتفت القاضى إلى قولهم ، ويحلفهم على ما ادعوا من الدين ، ثم يسلمه إليهم // [ل ١٧٢ أ] .

640 باب الرد بالعيب

الأصل فى هذا الباب أن الخصومة فى الرد مرتبة على الخصومة فى إثبات العيب ، فما لم يثبت العيب لم يكن للمشترى أن يخاصم البائع فى الرد ، لأن المعنى الموجب للردّ هو العيب ، فإذا لم يثبت لم يجب الرد مع عدم المعنى الموجب له . وكما أن المعنى الموجب لاستحقاق الميراث إذا كان هو النسب لم يجز استحقاق الميراث مع عدم ثبوت النسب . وكما أن المعنى الموجب لاستحقاق الدار بالشفعة إذا كان هو الجوار أو الشركة لم يجز استحقاق الدار مع عدم // [ف١٤٨ب] الموجب بها . كذلك ما ذكرنا مثله . فإذا جئنا إلى مسائل الباب فقلنا :

641 { إن الرجل إذا قدم رجلا إلى القاضى[1] وقد كان اشترى منه عبداً أو أمة أو غير ذلك ، وأحضره إلى القاضى فقال : اشتريت هذا من هذا الرجل وقد ظهر فيه عيب كذا ، فإن كان ذلك العيب ظاهراً يراه القاضى[1] ويعرفه[2] ، ثم سأل البائع عن البيع ، فإن أقر أنه باعه هذا الشىء وبه هذا العيب ولم يدّع البراءة منه ، ولا أنه رضى به ، رد القاضى عليه } . وذلك أن العيب قد ثبت [3]ها هنا ، لأنه بنى المسئلة على أن العيب كان ظاهراً ، فإذا ثبت العيب حينئذ ثبتت[3] الخصومة فى الرد . فلما ادعى المشترى عليه حق الرد لا بد للقاضى من أن يسأل البائع : هل بعته وهذا العيب به ؟ هذا إذا كان العيب لا يحدث مثله . فأما إذا كان يحدث مثله فالحكم غير هذا . وذلك أن العيب إذا كان مما

---

641 (١) ساقط من ل . (٢) يعنى يعرف ما هو .

(٣) ساقط من ل .

يحدث مثله لا يُعلم أنه حدث عند البائع أو عند المشترى . فالظاهر لا يشهد لأحدهما دون صاحبه ، ولا يُصدّق المشترى على البائع فى وجوب الرد ، ولكن يُسأل البائع . فإن اعترف أن العيب كان به وقت البيع فقد اعترف أن حق الرد كان ثابتاً للمشترى . فيُصدّق على نفسه . ويُرد بالعيب إليه إن لم يدّع أن المشترى أبرأه من كل عيب ، أو أنه رضى به بعد ما رأى العيب . { فإن[٤] ادعى ذلك صار البائع ها هنا هو المدعى ، والمشترى مدّعى عليه ، فيُحلف المشترى — على ما قال الخصاف — بالله ما علمت[٥] بهذا العيب حين اشتريته ولا أبرأته منه ،[٦]ولا رضيت به[٦] منذ رأيت العيب ، ولا عرضته على البيع بعد علمك بالعيب // [ل ١٧٢ ب] ورؤيتك إياه ، ولا خرج من ملكك ، ولا شىء منه } .

قال الشيخ : قوله : ولا خرج من ملكك ولا شىء منه ، لا معنى له ، لأنه لو خرج من ملكه كله[٧] أو بعضه وهو يعلم بالعيب ، ثم عاد إلى ملكه على حكم الملك الأول ، بأن يهبه من إنسان ثم رجع فى هبته ، فأخذه أو باعه ، ثم رُد عليه بقضاء قاض ، كان له أن يرده على البائع الأول . وإخراجه من ملكه لم يمنع الرد بالعيب على الأول . وإن كان علم بالعيب فبنفس العرض على البيع يُبطل خياره فى الرد ، فلا معنى لقوله : ولا خرج من ملكك . إذ الحكم لا يتعلق به فى الوجهين جميعاً .

قال الشيخ : ويجوز أن يقتصر على قوله : بالله إنك محق فى رد هذا العبد بهذا العيب ، فينطوى على جميع ما ذكر الخصاف .[٨]فقيل للشيخ : يجوز أن يكون المشترى جاهلا وهو لا يدرى أن عرضه على البيع يُبطل خياره فى الرد ، ورؤيته للعيب قبل البيع لا يبطل خياره ، فيحلف على ذلك وهو

---

(٤) ساقط من ل .
(٥) ل : على .
(٦) ساقط من ل .
(٧) ساقط من ل .

عنده أنه صادق . فإذا كان كذلك لا بد من أن يفسّر له كل ما يتعلق // [ف ١٤٩ أ] بإبطال الرد[٨] فسكت الشيخ عند ذلك . ويُحتمل أن يكون مقصد الخصاف هذا ، لأنه ليس كل[٩] مشتر يعلم أن العرض على البيع يبطل الرد بالعيب . ويجوز أيضاً أن يكون مذهبه أن الرد بالعيب لا يَبطل بعرض المبيع على البيع ، وعند القاضى يبطل الرد ، فيحلف على البيان والتفسير حتى يزول الإشكال . وقيل فيما قال الشيخ فى اقتضاء اليمين على ما قال : أليست هذه اليمين على الإثبات وحق اليمين أن يكون على النفى ؟ فقال : لا يمتنع أن يستحلف على الإثبات . فإذا حلف رُد المبيع على البائع ، ويؤخذ منه الثمن ، لأن المشترى قد برىء من دعواه ، والبائع قد أقر له بحق الرد ولم يثبت دعواه بالبراءة منه ، فيرد عليه ويأخذ الثمن . فإن نكل عن اليمين لزم المشترى المبيع ولا يرجع على البائع بشىء لأنه صار كأنه أقر ببراءة البائع من العيب .

642 قال : { وإن كان العيب ليس بظاهر ، أو كان ظاهراً إلا أن القاضى لا يعرفه فإنه لا ينبغى للحاكم أن يستحلف البائع على العيب حتى يعلم الحاكم أن هذا العيب بهذا العبد فى الحال التى يختصمان فيها إليه } . فإذا علم سأل البائع عنه .

قال : { وينبغى أن يقول للمشترى : // [ل ١٧٣ أ] أوضحْ عندى أن هذا العيب بالعبد فى هذه الحال . فإن قال المشترى : سل البائع عنه فإنه يعلم أن هذا العيب بالعبد فى هذه الحال ، فإن القاضى يسأل البائع عن ذلك فيقول : هل هذا العيب الذى ذكر المشترى بهذا العبد فى هذه الحال ؟ فإن قال : نعم هو به الساعة ، سأل : هل بعته إياه وهذا العيب به ؟ فإن قال : لا ، إنما هو عيب حدث عند المشترى ، فالقول قوله مع يمينه : لقد بعته هذا العبد وسلّمته

(٨) ساقط من ل .   (٩) ساقط من ف .

إليه وما هذا العيب به . فإن حلف[1] قال للمشترى : إن كانت لك بينة أن هذا العيب كان عنده فأحضرها] . وهذا كله فى العيب الذى يحدث مثله . وهذا مثله . وهذا بيّن على ما ذكرنا ، وذلك لأن العيب إذا لم يكن ظاهراً فلم يثبت بعدُ عند الحاكم فلا يسمع خصومة المشترى فى الرد حتى يثبت العيب . [2] فلذلك لم[2] يحلّف البائع : بالله لقد بعته وسلّمته إليه وما به هذا العيب ، ولكنه يقول للمشترى : ثبّت العيب . فإن كانت له بينة أقامها على ذلك حتى يثبت العيب . وإن لم يكن له بينة وقد أنكر البائع نفس العيب حلّف البائع : بالله ما به هذا العيب فى هذه الحال . فإن حلف برىء ، وإن لم يثبت العيب فلا خصومة بينهما . وإن نكل عن اليمين ثبت العيب . فحينئذ يخاصم المشترى فى الرد . والمشترى هو المدعى ها هنا ، لأن المشترى يدعى على البائع أن العيب كان عنده ، وأنه قد وجب له رد المبيع عليه ، والبائع ينكر ذلك كله وقال : ما وجب لك رد المبيع علىّ بهذا العيب // [ف ١٤٩ ب] لأنه حدث عندك . فإن أقام المشترى البينة على حدوث العيب عند البائع فقد وجب له رد المبيع عليه[3] . وإن لم يكن له بينة حلّف البائع : بالله لقد بعته وسلمته إليه وما كان به هذا العيب . فإن حلف برىء ، وإن نكل لزمه قبول المبيع ، إلا أن يدّعى البراءة أو رضاء المشترى على ما بينا ، فيكون حينئذ هو المدعى والمشترى مدّعى عليه ، فيحلّف المشترى على دعواه بالله ، على ما بينا . فإن حلف برىء ، ووجب[4] له الرد // [ل ١٧٣ ب] على البائع وأخذ الثمن . فإن نكل عن اليمين لزمه المبيع على ما ادعى البائع .

وإن كان العيب لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة ونحو ذلك ، أو كان

---

642 (١) ساقط من ل . (٢) ل : فكذلك يحلف .

(٣) آخر جملتين مكررتان فى ف هنا .

(٤) ساقط من ف .

عيباً غير ظاهر إلا أنه لا يحدث مثله ، فإنه إذا ثبت لم يحتج إلى استحلاف البائع أن العيب كان عنده ، لأن هذا المعنى غير متيقَّن فلا يحتاج إلى استحلاف ، ويُرد إليـه إذا ثبت العيب ما لم يدّع البراءة والرضاء من جهة المشترى .

وهى هذه الجملة ولها أحكام ثلاثة : أحدها إثبات العيب ، والثانى وجوب الرد ، والثالث براءة البائع . وحكم الإثبات للعيب مقدّم على الرد ، وحكم الرد مقدم على البراءة ، لأنه ما لم يثبت العيب لم يجب له الرد ، وما لم يدّع الرد بالعيب لم يحتج البائع أن يدّع براءته من العيب . فأما إثبات العيب فعلى وجهين ، عيب ظاهر وعيب باطن . وكل واحد من الوجهين يحتمل معنيين : يحتمل أن يكون العيب مما يحدث مثله ، ويحتمل أن يكون مما لا يحدث مثله . (٥ فإن كان العيب ظاهراً ، فإن ظهوره عند القاضى يُغنى عن إثباته ببينة أو غيرها . فحينئذ يُنظر إن كان مما لا يحدث مثله٥) فقد وجب للمشترى الرد لأن الظاهر معه ، إلا أن يدعى البائع براءته من العيب . فإن ادعى ذلك حينئذ يُطالَب بالبينة على دعواه إن قدر . وإن عجز عن ذلك يُحلف المشترى على دعواه على ما بينا . فإن حلف برئ ويُرد . وإن نـكل لزمه العبد بالعيب . وإن كان العيب مما يحدث مثله فإن ثبوته لا يوجب الرد حتى يُبين المشترى بينة أو بنكول البائع عن اليمين أنه كان عند البائع ، ويكون اليمين ها هنا على البائع مدّعًى عليه . فإن نـكل البائع عن اليمين فى أن العيب كان عنده ، فقد وجب الرد للمشترى ، وكان له أن يرده إلا أن يدعى البائع براءته من العيب ، فحينئذ يصير البائع هو المدعى والمشترى مدّعى عليه . فيلتقل اليمين إلى المشترى فى هذه // [ف ١٥٠ أ] الحال . فإن حلف برئ وإن نـكل لزمه دعوى البائع . هذا حكم العيب الظاهر . وأما العيب الباطن فعلى المشترى إثباته أولا

---

(٥) ساقط من ل .

إما بينة أقامها على ذلك أو يُحلف البائع على علمه : بالله ما يعلم أن به هذا العيب . فإن حلف البائع لم يثبت ، فلا خصومة بين المشترى وبين البائع فى الرد // [ل ١٧٤ أ] حتى يثبت العيب . وإن نـكل عن اليمين فقد ثبت العيب ، فإذاً حينئذ يُنظر إن كان أهل العلم من الأطباء يعلمون أن ذلك العيب مما لا يحدث مثله ، فيكون الأمر فى الرد على ما بينا فى الظاهر مما لا يحدث مثله . وإن كان مما يحدث مثله يكون الأمر أيضاً على ما بينا فى العيب الذى يحدث مثله من العيوب الظاهرة . فهذه أحكام ثلاثة مرتبٌ بعضها على بعض ، ويكون المشترى فى حكم الإثبات والرد هو المدعى ، واليمين على البائع[٦] فيهما جميعاً لأنه هو المدعى عليه . إلا أن حكم الرد[٧] لا يثبت إلا بعد إثبات العيب لِما بيّنّا فيما تقدم . ويمين البائع فى إثبات العيب على العـلم ، لأنها على فعل الغير . يحلّفه[٨] : بالله ما يعلم أن به هذا العيب ، أو يمينه فى الرد على الثبات ، لأن عليه تسليم المبيع بتمامه وكماله ، فصارت اليمين كأنها واقعة على فعله ، أنه قد سلّم المبيع بتمامه على ما أوجبه العقد غير مَعيب : بالله لقد بعته وسلمته إليه وما به هذا العيب . وفى الحكم الثالث ، وهو البراءة من العيب ، يصير المدعى هو البائع لأنه قد ثبت للمشترى حق الرد على البائع ، والبائع مدعى عليه البراءة منه ، فصار كالطالب إذا ثبت على المطلوب الدين وادعى المطلوب قضاءه ، تنتقل اليمين إلى الطالب وصار هو المدعى عليه . كذلك ها هنا . وهذا الحكم لا يكون إلا بعد ثبوت العيب والخصومة فى الرد .

643 فصـــل

قال : { وإن كان العيب الذى ادعاه المشترى أنه بالعبد إباقاً أو سرقة

---

(٦) ساقط من ف .　　(٧) ساقط من ل .

(٨) ساقط من ف .

أو جنوناً أو البول فى الفراش ، فسأل القاضى البائع عن(١) هذا العيب ، فقال : ليس هذا العيب به فى الحال ، فقال المشترى للقاضى : حلّف البائع : ما العيب بالعبد الساعة ، فإن أبا يوسف ومحمد قالا : يُستحلف البائع : بالله ما يعلم أن هذا العبد جُن(٢) عند هذا المشترى ولا أبق ولا سرق ولا بال على فراش ، فإن حلف على ذلك قيل(٢) للمشترى : ثبّت أن هذا العيب بالعبد فى هذه الحال حتى يستحلف القاضى البائع يميناً أخرى البتة : بالله عز وجل لقد باعه وقبضه المشترى // [ل ١٧٤ب] وما جُن قبل ذلك قط ولا سرق ولا بال على فراش ولا أبق منذ(٣) بلغ مبلغ الرجال . فإن حلف على ذلك فلا شيء عليه حتى يثبت المشترى عليه بينة بذلك . فإن نكل عن ذلك [رده](٤) // [ف ١٥٠ ب] القاضى عليه { .

أما سؤال القاضى البائع هل به هذا العيب الذى ادعاه المشترى فلما بينا أن الخصومة فى العيب(٥) لا تثبت إلا بعد إثبات العيب . فينبغى أن يثبت العيب أولا . فإذا لم يكن للمشترى عليه بينة على إثبات العيب لا بد من أن يسأل البائع عن ذلك . فإن أقر أغنى إقراره عن إقامة المشترى البينة على دعواه فى إثبات العيب . وإن أنكر ذلك حلّف على علمه على دعوى المشترى فى إثبات العيب : بالله مايعلم أن هذا العبد جن عند المشترى ولا أبق ولا سرق ولا بال على الفراش . ولا يُحتاج أن يقال ها هنا : منذ بلغ ، لأن هذه اليمين إنما هى لإثبات العيب بالعبد فى الحال . والعبد يكون معيباً بهذا كله إذا وُجد منه عند المشترى صغيراً كان أو كبيراً ، إلا أن يكون طفلا فلا يعاب على بوله فى الفراش . فإذا كان كذلك قلنا : يُحلف على هذا الوجه حتى يثبت

---

643 (١) ف : غير .
(٢) مثبتة على هامش ل .
(٣) ف : منه .
(٤) فى الأصل : ورده .
(٥) ساقط من ف .

العيب فى الحال . فإذا ثبت العيب بنكوله عن اليمين حينئذ تثبت الخصومة فى الرد . فيدعى المشترى أن هذا العيب كان به عند البائع ، فيسأل البائع عن ذلك ، فإن أقر به وجب الرد عليه ، وإن أنكر ذلك طولب المشترى بإقامة البينة على دعواه أن العيب كان عند البائع ، لأن هذه مما يحدث مثله . وإن كان جنوناً يقيم البينة أنه [(٦)] جن عنده حسْبُ . وإن كان غير ذلك من الإباق والسرقة والبول يقيم البينة أنه [(٦)] فعل ذلك بعد البلوغ عند البائع ، فإن أقام البيّنة على ذلك وجب الرد كما قلنا فى سائر العيوب . وإن لم يكن له بينة حلف البائع على دعوى المشترى فى كون العيب عنده ، فيُحلّف على البتات لأنها تجب لأجل الرد على ما بينا . فإن كان العيب جنوناً يحلّف : بالله لقد باعه وسلمه إلى المشترى وما جن قط . ولا يحلّف على أنه ما جن منذ بلغ . وفى الإباق والسرقة والبول على الفراش يحلفه : بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق ولا سرق ولا بال على الفراش منذ بلغ مبلغ الرجال . هذا فى العبد الكبير إذا باعه البائع // [ل ١٧٥ أ] وهو كبير . وخالفت هذه اليمين اليمين الأولى ، أعنى على إثبات العيب ، من قبل أن تلك اليمين على إثبات العيب فقط ، وقد ثبت أن العيب ثبت بالبول أو السرقة والإباق فى الحال . وأما هذه اليمين فهى فى وجوب الرد . والعيب الذى يحدث عند المشترى لا يوجب رد المبيع على البائع . ولا يجوز أن يحلّف : بالله ما به هذا العيب لأن العيب قد ثبت ، وثبوته لا يوجب الرد ، فتقع اليمين على العيب الذى كان عند البائع ، والعيب الذى كان عند البائع لا يوجب رد المبيع على كل حال ، لأن الصغير إذا // [ف ١٥١ أ] بال فى الفراش فى حال صغره ، أو سرق فى حال صغره ، أو أبق فى حال صغره ، ثم كبر ولم يعد إلى ذلك بعد البلوغ ، فقد سقط حكم تلك العيوب فيها بالبلوغ ما لم يعد إليها . والدليل على ذلك أن العبد لم يكن

---

(٦) ساقط من ل .

يستحق[٧] على تلك العيوب التي كانت توجد منه في حال الصغر ذماً ولا عقوبة، لأنه كان صغيراً لم يجز عليه القلم[٨] . ألا ترى أنه لا يجوز أن تُقطع يده في السرقة، وإذا بلغ وفعل مثل تلك الأفعال استحق عليها العقوبة، لأنه يُقطع في السرقة ويؤدب في الإباق والبول على الفراش ؟ فقد بان[٩] لك أن تلك العيوب غير الذي توجد منه في حال البلوغ، وإن كان على وجه واحد في الفعل . فإذا كان كذلك، لا يثبت حكمها بعد البلوغ، علمنا أنه لا يجب بها الرد بعد البلوغ إذا باعه البائع وما يوجد منه بعد البلوغ [ما] يكون عيباً فيجب به الرد . فإذا كان كذلك لا بد من أن تقع يمين البائع على العيب الذي يجب به الرد، وهو العيب الذي يحدث بعد البلوغ . فيحلف : بالله لقد باعه وسلمه وما سرق ولا بال على الفراش ولا أبق منه منذ بلغ مبلغ الرجال .

وأما الجنون فليس كذلك، لأنه لا يختلف حكمه قبل البلوغ وبعد البلوغ لأن ذلك ليس من فعله حتى // [ل ١٧٥ ب] يختلف بالبلوغ . وإنما هو من فعل الباري سبحانه وتعالى . فحكمه قبل البلوغ وبعد البلوغ سواء . ألا ترى أنه لا يقع عليه الذمّ قبل البلوغ ولا بعده ولا العقوبة عليه ، وأن نفس المجنون حكمه بعد البلوغ كحكمه قبل البلوغ في رفع القلم عنه، وغير ذلك ؟ فإذا كان كذلك، فالعيب الذي يثبت فيه بالجنون في حال الصغر عينه[١٠] لازم أبدا . فلذلك يحلفه : بالله لقد باعه وسلمه وما جُن قبل ذلك قط . ولا يُحتاج إلى ذكر البلوغ . فإن حلف برىء ولزم العبد المشترىَ ، وإن نكل عن اليمين لزمه القبول بالعيب ورد الثمن، إلا أن يدعى البراءة فيكون الحكم على ما بينا فيما سلف .

---

(٧) ل : لم يستحق .

(٨) القلم هو المؤاخذة أو التكليف .

(٩) ساقط من ل .

(١٠) ل : عيبه .

644 فصـــل

{ ولو كان العبد صغيراً فخاصم المشترى البائع فى الرد بذلك العيب ، فإنه يسأل البائع ، فإن أقر بالعيب فى الحال ثبتت الخصومة فى الرد ، وإن أنكر حُلف على ذلك إن لم يكن للمشترى بينة على إثبات العيب . فإن حلف برىء ، وعلى المشترى إثبات العيب . وإن نكل ثبت العيب ، وللمشترى أن يخاصم فى الرد . فيسأل البائع : إن العيب هل كان عندك ؟ فإن أقر به رده عليه ، وإن أنكر حلف البائع على دعوى المشترى إن لم يكن له بينة على إثبات العيب عند البائع ، فيُحلف : بالله لقد باعه وسلّمه إلى المشترى وما جُن ولا سرق ولا أبق ولا بال على الفراش . فان حلف // [ف١٥١ب] برىء ، وإن نكل لزمه القبول بالعيب } ، لأن هذه كلها عيوب وإن كان العبد صغيراً بعد أن لا يكون مرضَعاً ولا يكون بوله فى الفراش عيباً . فإذا كان كذلك فللمشترى أن يخاصمه فى الرد .

645 قال : { فإن لم يردّه حتى كَبر لم يكن له أن يرده بالإباق والسرقة والبول على الفراش الذى كان عند البائع فى حال الصغر ، وله أن يرده بالجنون إذا ثبت ذلك عند القاضى } . وهذا بين على ما ذكرنا لأن هذه العيوب قد سقطت بالبلوغ ، وما يحدث بعد ذلك عند المشترى يكون غير الأوَل التى كانت // [ل ١٧٦ أ] عند البائع إذ كانت هذه بعد البلوغ ، وتلك قبل البلوغ . وقد بينا أن حكم ما قبل البلوغ لا يثبت بعد البلوغ إلا فى الجنون خاصة ، فإنه عيب لازم . فلذلك لم يكن له أن يرده على البائع إلا فى الجنون . وهذا الضرب من المسائل على ثلاثة أوجه : أحدها[1] أن يشترى العبد وهو صغير وُجد به هذه العيوب فخاصمه البائع ، كان له أن يرده على البائع إذا ثبتت العيوب عند القاضى ببينة أو نكول . وتكون يمين البائع فى الرد على وجوب ذلك العيب ،

645 (١) ساقط من ف .

حكما[٢] منه قبل البيع والتسليم حسبُ . ولا يختلف حكم الجنون وغيره لأن حال الغلام قبل البيع وبعده إلى وقت الرد على حال واحدة وهى حال الصغر ، ولا يختلف حكم عيوبه . أو[٣] يشتريه صغيراً وقَبَضه فلم يرده على البائع حتى كبر ثم وجد شيئاً من هذه العيوب ، لم يكن له أن يخاصم البائع فى الرد إلا فى الجنون خاصة ، فإن له أن يرده عليه إذا ثبت عيبه بالجنون وتبين أنه كان عند البائع ، لِما بينا أن هذه العيوب تسقط بالبلوغ لاختلافها فى الحكم والجنون لايختلف . فلذلك وجب له الرد بالجنون ، ولم يجب رده بغير ذلك . أو[٤] يشتريه كبيراً وقبضه ثم خاصمه فى الرد فإن الأمر فيه على ما بينا فى المسئلة الأولى ، فيلبغى له أن يُثبت أولا أنه معيب بالعيب الذى ادعاه ، ثم يخاصمه فى رده ، فَيثبت أن العيب كان عند البائع . فإن كان جنونا يُثبت أنه جُنّ عند البائع مرة فحسب . وإن كان غير ذلك مما ذكرنا فعليه أن يُثبت العيب من الإباق والسرقة والبول على الفراش أنه وُجد بعد البلوغ قبل بيع البائع إياه وتسليمه إلى المشترى . فحينئذ له أن يرده به ، وتكون اليمين فى إثبات العيب (٥ فى هذا كله على العلم ، وفى الرد على الثبات ، وقد بينا الوجه فيهما . ويمين البائع فى إثبات العيب ٥) بالعبد الكبير فى الإباق والسرقة والبول فى الفراش على وجوده منه فى الحال ، وفى الرد بالعيب على وجوده منه بعد البلوغ قبل بيعه وتسليمه إلى المشترى . وقد // [١٧٦ ب] بينا أيضاً هذا فيما تقدم .

646 مســـئلة // [ف ١٥٢ أ]

{ وإن كان المشترى جارية فقال المشترى : بَاعَنِيها على أنها بكر وليست

(٢) فى الأصل : حكم .
(٣) أى : ثانيها أن يشتريه .
(٤) أى : ثالثها أن يشتريه .
(٥) ساقط من لم .

بكراً ، وقال البائع : بعته إياها على أنها بكر وسلمتها إليه وهى بكر ، فإن القاضى يريها النساء ، فان قلن : هى بكر ، فلا شىء للمشترى على البائع ، وإن قلن : هى ثيّب ، حلف البائع : بالله لقد بعتها منه وسلمتها إليه [وهى بكر][1] . فإن حلف فلا شىء عليه . وإن نكل عن اليمين رُدّت عليه . وقد ذُكرت هذه المسئلة فى الجامع[2] بهذا الجواب . وقال فى غير الجامع : إنها تُرَدّ بقول النساء من غير يمين } . أما وجه هذه الرواية فإن قول النساء غير مقبول فى فسخ العقد إذا انفردن عن الرجال ، فلا يجوز أن يُفسخ البيع بقولهن . ويجوز أن يُحلَّف البائع بقولهن ، لأن اليمين قد تجب فى الأصول بنفس الدعوى ، فلا يُنكر أن تجب بقولهن أيضاً . ألا ترى أن البائع يحلف من تضوُّرِ المشترى فى سائر العقود ؟ فهنا أيضاً تجب اليمين عليه لوجود الدعوى فى قول النساء . فإن حلف برىء من دعواه وسقط قول النساء ، وإن نكل عن اليمين لزمه قبول الجارية .

قال الشيخ : وإن أنكر البائع شرط البكارة فالقول قوله من قبل أن ذهاب البكارة ليس بعيب . ألا ترى أنه لو اشترى جارية ، ولم يشترط شيئا ، فوجدها ثيّبا ، لم يكن له ردها بذلك ؟ لأن الثيابة ليست بعيب ، فلا يجوز[3] له الرد به . وإذا كان كذلك صار المشترى مدّعيا لإثبات خياره فى الرد فلا يُصدَّق كما لا يصدق فى خيار الشرط .

647 قال : { وكذلك لو ادعى : إنى اشترطت كونها سندية أو رومية فأنكر البائع ذلك ، فالقول قول البائع } ، لأن كونها من هذا الجنس دون غيره ليس بعيب ، والبيع يقع على كل واحد من الجنسين . فظاهر الحال أن العقد غير موجب لخيار المشترى فى الرد . فلا يصدق على ذلك .

---

(١) لا يستقيم المعنى بدون زيادة ما بين القوسين . 646

(٢) لعله يعنى الجامع الكبير لمحمد بن الحسن .

(٣) ف : يجب .

قال الشيخ : ولو قال المشترى : اشتريت هذه الرمانة على أنها حلوة ، وصدّقه البائع بذلك ، فقال المشترى : هى حامضة //[ل ١٧٧ أ] والرمانة غير مكسورة ، وقال البائع : هى حلوة . وامتنعا جميعاً عن كسرها لما يلحقهما من الضرر ، فإن القول قول البائع أنها حلوة ، لأن البيع قد يقع على الحلوة والحامضة ، فلا يجب للمشترى الخيار فى الرد ما لم يظهر لنا صدقه[١] ، ويكون القول قول البائع .

قال : { ولا يشبه هذا اختلاف البائعين فى الجارية أنها خبّازة أو غير خبازة . إن القول قول المشترى أنها غير خبازة إذا صدقه البائع أنه شرط له كونها خبازة[٢] } ، من قِبل أن البائع قد شرط له صفة زائدة وهى الخبز ، فالقول قول المشترى أنه لم تحصل له تلك الصفة . ومسئلة الرمانة تُشكل على هذه ، لأن كونها حلوة أيضاً صفة زائدة كما أن الخبز //[ف ١٥٢ ب] صفة زائدة ، والعقد يقع على الخبازة وغير الخبازة ، كما يقع على الرمّانة الحلوة [وغير الحلوة] . فإن كان القول قول البائع هناك لأن الظاهر معه ، يكون العقد[٣] واقعاً من غير وجوب خيار المشترى فى الفسخ . فها هنا أيضاً مثله .

فأما الفرق بين الخبز والبكارة إذا أقر البائع فى الوجهين جميعاً أنه مشروط فى العقد ، أن القول قول المشترى أنها غير خبازة ، ولا يكون القول قوله أنها غير بكر ، من قِبل أن البكارة ليست صفة زائدة مشروطة فى العقد ، وإنما هى معنى كان فى أصل الجارية ، فالقول قول البائع فى بقائها عند الخصومة فى الرد ، أعنى إذا نظر إليها النساء فقلن : هى ثيّب ، إن القول قول البائع . وفى مسئلة الخبز ، إن الخبز صفة زائدة غير موجودة فى أصل الجارية ، فلمّا

---

647 (١) ل : تصديقه . (٢) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ف .

شرط له البائع تلك الصفة فالقول قول المشترى أنه لم يحصل ذلك ، إذ الظاهر عدم الصفات الزائدة حتى يثبت حصولها فى الموصوف به . رجعنا إلى مسئلتنا فقلنا — وعلى غير هذه الرواية — فإن الجارية تُرد من غير يمين البائع إذا قلن هى ثيب لأن قول النساء فيما لا يطّلع عليه الرجال كشهادة الرجال فى غيره . ألا ترى أن قولهن مقبول فى الولادة والحمل والحيض ؟ فكذلك ها هنا يُقبل قولهن ويفسخ به البيع // [ل ١٧٧ ب] .

قيل للشيخ : فهلا تقول إن قولهن مقبول فى كونها ثيب ، إلا أن البيع لا يفسخ بقولهن لأن فسخ العقد لا يصح بقول النساء كما قال أبو حنيفة فى الطلاق المعلّق بالولادة أن شهادة امرأة واحدة يُقبل على الولادة من المرأة ، ولا يقع الطلاق بذلك ولا يثبت النسب أيضاً من الزوج إن كانت بائنة[٤] منه ، فما زادنا إلا قوله : ليست هذه مثل تلك . وينبغى أن يكون قول أبى حنيفة فى هذا كله : لا يُرد المبيع على البائع بقول النساء كما قال فى مسئلة الطلاق والنسب ، وكما قال فى رواية الجامع وهذه الرواية التى رواها الخصاف أن قول النساء يوجب اليمين على البائع على ما بينا . وإن هذا الذى رواه محمد فى غير الجامع قوله وقول أبى يوسف ، لأن عندهما يجوز فسخ النكاح بقول النساء إذا كان الطلاق معلقاً بالولادة . وكذلك النسب يثبت عندهما بقول النساء على ما بينا . وأما فى كونها بكراً لم تختلف الروايات أن المشترى يلزم الجارية ، وذلك أن الأصل هو البكارة ، وإنما أراد المشترى ردها بعيب ادعاه فيها . فإذا شهدت النساء أنه ليس بها هذا العيب لم يثبت له حق الفسخ ، فألزمناه البيع بالعقد المتقدّم ، لا بقول النساء . فلذلك فارق // [ف ١٥٣ أ] هذا الفسخ .

---

(٤) ل : ثابت .

648 فصـــل

قال : { ولو كان المشترى ادعى أنها حبلى أراها القاضى للنساء[1] ، فإن قلن : ليس بهـا حمل ، فلا سبيل للمشترى على البائع . وإن قلن إنها حامل حلّـف البائع : بالله عزّ وجل لقد باعها منه وسلمها إليه وما بها هذا الحمل الذى ذكر } . وهذا على ما بينا فى البكارة ، لأن كل واحد من العيبين لا يطلع عليه إلا النساء ، فيكونان سواء فى الحكم على ما بينا فى اختلاف الروايات .

قال الخصاف : { قال بعض أصحابنا : لا أحلّـف البائع على ذلك لأن هذا لا يُعلم ولا يُدرى من بعض أصحابنا } . ثم قال بعد ذلك : { وقال أصحابنا : الشهادة على هذا عندنا بمنزلة شهادة المتطببين على الداء الباطن ، كوجع الطحال والكبد // [ل ١٧٨ أ] والعلل التى ليست بظاهرة } .

وهذا صحيح على ما قاله لأن هذا لا يطلع عليه غير أهل العلم من المتطببين ، فالمرجع إلى قولهم . والباب الأول لا ينظر إليه غير النساء . فالمرجع إلى قولهن فى إثبات العيب ، لأن الفسخ حكمه على ما بينا .

649 قال : { ولو كان العبد ميتاً وخاصم المشترى البائع فى عيب ادعى أنه كان به ، فأراد الرجوع به على البائع فعلى[1] المشترى أن يوضح للقاضى أن هذا العيب كان بالعبد وهو عنده ، ثم يستحلفه عليه إن ثبت عند القاضى أنه أبق عند المشترى أو كان عيباً فى جسده كالشجة أو غيرها } . وهذا بيّن على ما قدمنا ، لأن الموت وإن منع رد المبيع بالعيب ، فإنه لا يمنع الرجوع بأرش[2] العيب ، فعلى المشترى إثباته[3] بالعبد أولا . فإذا أثبته تخاصم

---

648 (١) ل : لنا .

649 (١) ل : تعالى . (٢) ساقط من ف .

(٣) ف : إثبات .

ثم [بكونه][٤] عند البائع قبل تسليمه إليه . فإذا ثبت ذلك رجع عليه بحق العيب .

650 قال : { وكل عيب ادعى المشترى أنه بالجارية المشتراة ، وهو فى موضع لا ينظر إليه إلا النساء ، كالرَتَق والعَفَل[١] أو غير ذلك مما هو فى البدن ، فشهد النساء على ذلك ، فإن البائع يُحلَّف : لقد باعها منه وسلَّمها إليه . ولا تُرد عليه بشهادة النساء إذا كان المشترى قد قبضها — وهذا قول أبى يوسف — وإن كان المشترى لم يقبضها حتى يُحلف البائع على ذلك . وقال : وهما سواء ، ولا أردّها بشهادة النساء كان المشترى قبضها أو لم يقبضها حتى يحلّف البائع على ذلك } . وهذا الخلاف لا نعرفه إلا من جهة الخصاف . والذى ذكر محمد فى غير هذا الموضع أن قول أبى يوسف مثل قول محمد .

قال شيخنا ، أيده الله تعالى ، والمشهور على ما بينا من اختلاف الروايتين ، أحدهما أن الجارية لا تُرد بقول النساء ويحلّف البائع ثم ترد عليه إن نكل عن اليمين . وعلى الرواية الأخرى ترد بقول النساء . ووجهها ما بيّنا فيما سلف[٢] . وأما الذى قال الخصاف من الفرق قبل القبض وبعده على قول أبى يوسف فإنه يحتمل أن // [ل ١٧٨ ب] يكون ذهب إلى أن العيب قبل القبض لا يحتاج // [ف ١٥٣ب] إلى حكم الحاكم بالفسخ ، وينفسخ برد المشترى ، شاء البائع أو أبى . فكذلك إذا ثبت العيب بقول النساء قبل القبض فللمشترى أن يردها ، وبعد القبض لا يردها حتى يحلف البائع ، لأن هذا الفسخ يحتاج إلى حكم الحاكم حتى يقع الفسخ ، وإلا ما يقع بغير رضاء

---

(٤) فى الأصل : وكونه .

650 (١) أى اصطكاك الركبتين . (٢) ل : حلف .

البائع . وحكم الحاكم بالفسخ لا يجوز بقول النساء ، فينبغى أن يحلف على دعوى المشترى . فإن نكل حينئذ رُدت إليه . وأما محمد فإنه سوّى من قبل القبض ومن بعده ، لأنه فى الوجهين جميعاً لا ترد الجارية إلا بعد إثبات العيب . وقول النساء لا يقبل فيما يتعلق به وجوب الفسخ على هذه الرواية . وعلى الرواية الأخرى يقبل قولهن[٣] قبل القبض وبعده ، وترد الجارية بقولهن كما قلنا إن قولهن مقبول فى الولادة والحمل . والمعنى الجامع بينهما أن كل واحد من المعنيين لا يجوز أن يطلع عليه غير النساء .

651 قال : { وقال محمد : فإن ادعى بعينها ريح السبل[١] أن يتوخى العدول من الأطباء ثم يحلّف البائع على ذلك إن كان المشترى قد قبض . فإن كان لم يقبض ردها على البائع } . وجعل محمد قول الأطباء فى هذا كقول النساء فيما ذكرنا على قول أبى يوسف ووجهه ، والله أعلم ، أن الأطباء ها هنا ليس يشهدون على شىء معين وإنما يشهدون على غلبة الظن ، فلا يجوز أن تجرى مجرى الشهادة ، فصار كشهادة النساء فيما لا يجوز للرجال أن يطلعوا عليه على قول أبى يوسف .

652 باب الشفعة

ذكر الخصّاف أحاديث فى أول هذا الباب ، منها ما ذكر محمد فى كتاب الشفعة ، ومنها ما هو من جهة نفسه ، تركتُ ذكرها خوف الإطالة إذ المقصد فى هذا قصد المسائل .

قال الخصاف : { الشفعة فى قول أصحابنا أنها تجب بعقد البيع ثم بالطلب

---

(٣) فى الأصل : قولهم .

651 (١) داء يصيب العين ، قيل هو غشاوة . أنظر تاج العروس .

حين يعلم الشفيع . فإن سكت عن ذلك أو فرّط // [ل ١٧٩ أ] حين علم ، أو أخذ فى عمل يتشاغل به ، فهذا إبطال الشفعة } .

أما قوله : الشفعة تجب بعقد البيع ، فخطأ لأن الشفعة إن وجبت بعقد البيع فلا تجب بالطلب ، وإن لم تجب بعقد البيع يجوز أن تثبت بالطلب . فقوله : وجبت بالعقد ثم بالطلب ، خطأ . والصواب أن يقال إن العقد يوجب حق الطلب بالشفعة . فإن طلبها حين بلغ الخبر إليه ثبت له حق الآخذ بالشفعة . فإذا أخذها برضاء المشترى أو حكم بها الحاكم له ثبت له الحكم . فهذه أحوال ثلاثة يجب للشفيع فى كل واحد منها حق . فالأولى حال العقد ، وثبت له به حق الطلب ، والثانية حال الطلب ، ويثبت له فيه حق الاستحقاق للدار بالشفعة ، والثالثة حال الأخذ بالتراضى أو القضاء بها ، ويثبت له فيها حق الملك . فأما العقد فإنما قلنا إنه يتعلق به حق طلب الشفعة ولم تجب به الشفعة ما لم تُطلب لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إنما الشفعة لمن واثبها »[١] . وقال عليه السلام « الشفعة كنشط العقال »[٢] ، يعنى إذا تُـركت بَطلت . وقال بشر بن عبد الله النخعى : إن الشفعة لا تبطل وإن لم يطلب فى حال ما سمع . وعند بعض الناس : له أن يطلبها ما بين بلوغ الخبر إليه وبين ثلاثة أيام . وعندنا // [ف ١٥٤ أ] الطلب فى حال ما يبلغ الخبر إليه ، فإن طلبها فى ذلك المجلس وجب له حق الاستحقاق ، وإن أعرض عنها بطلت . والحجة فى ذلك ما ذكرنا . وقد بينا الكلام فيها فى غير هذا الموضع . وأما إذا طلب ثبت له حق الاستحقاق ولم يثبت له الملك من قِبل أن الملك حاصل للمشترى ، والشفيع لا يقدر على زوال ملكه إلى نفسه بقوله ما لم ينضم إليه ملك آخر وهو رضاء المشترى أو قضاء القاضى به ، كما لا يقدر على زوال ملك الأجنبى

---

652 (١) هذا الحديث لم يرد فى ونسنك .

(٢) فى ابن ماجه ، شفعة ٤ ، ٦٠ : « الشفعة كحل العقال » .

إلى نفسه بقوله ، إلا بانضمام معنى آخر . فإذا انضم إلى الطلب القضاء[٣] ، أو تسليم المشترى إليه ، مَلَـكَ . وهذا الموضع لا خلاف فيه بين الناس . // [ل ١٧٩ ب] واستشهد على أن الدار لا تُمْـلَك بالطلب ببيع دار أخرى إلى جنب هذه المبيعة : إن الشفيع لا يستحق شفعة الدار الثانية — يعنى أن الدار الأولى لو كانت ملـكا لاستحق شفعة الثانية بالجواز . فلما لم يستحق دل على أنه لم يكن مَلَكَ الأولى . وإذا كان كذلك لم تجب فيه الشفعة فى الثانية لأنه ليس بجار ولا شريك هذه الثانية .

653 قال : { وكذلك لو مات قبل أن يُحكم بالشفعة أو قبل أن يُسلمها إليه المشترى بطلت شفعته } .

قال الشيخ : لو جاء الشفيع يطلب الشفعة فقال للمشترى : سلام عليك ، وطَلَـبَ الشفعة لم تبطل شفعته . وكذلك لو سمع بذلك فقال : الحمد لله ، أو قال : سبحان الله ، أو قام فصلى الفرض ، أو صلى - يعنى السنة — بعد الظهر ، أو صلى أربع ركعات بعد الظهر لم تبطل شفعته فى هذا كله . قال : أما السلام فهو سنة فلا يجوز تركه لأجل طلب الشفعة . فإذا فعله لم تبطل الشفعة . وكذلك صلاة الفرض وركعتا السنة . وأما أربع ركعات بعد الجمعة فيجوز أن يكون عنده أن السنة أربع ركعات ، فلا يكون فيه إعراض عن طلب الشفعة . وأما قوله : الحمد لله ، فإنه يحتمل أن يكون تحميده واقع على الخبر الذى بلغ إليه من بيع الدار . فلا يكون فيه إعراض عن الطلب . وكذلك قوله : سبحان الله ، يجوز أن يكون تعظيما لله تعالى لأجل ما ورد عليه من السرور بذلك ، فقال : سبحان الله إنى كنت أتمنى هذا منذكم[١] ، فلا يكون فيه إعراض عن الطلب .

---

(٣) ل : القاضى .

653 (١) كذا فى الأصل .

654 مسـألة

قال : { والشفعة لا تُـورّث من قِبل أن الشفعة تبطل عندهم بالسكوت عن الطلب ، فالموت أكثر . ومما يدلك على صحة ما قلنا أن الشفيع لما مات خرجت داره التى وجبت له الشفعة بها من ملكه ، فلما خرجت من ملكه بطلت الشفعة فى الدار المشتراة . ألا ترى أنها //[ل ١٨٠ أ] لو بيعت دار إلى جنب داره وأشهد على شفعته فلم يُحكم له بها حتى باع داره ، إن شفعته تبطل ؟ لأنها لمّا خرجت من ملكه بطلت شفعته فى الدار المشتراة . كذلك الميت } أما العلة الأولى فليست بشىء لأن عندهم إن الشفعة لا تبطل بالسكوت بعد الطلب . فلو كان المعنى المسقط للشفعة هو ما ذكرناه لوجب إذا طلب الميت فى حال حياته ثم مات ، كان للوارث //[ف ١٥٤ ب] أن يأخذها بالشفعة . فهذا ليس بشىء على هذا الوجه . وأما العلة الثانية فصحيحة مشهورة عن أصحابنا من قِبل أن المعنى الموجب للشفعة ينبغى أن يكون موجوداً من وقت وقوع عقد البيع إلى وقت أخذ الدار بالشفعة ، لأنه به تُـستحق الشفعة . فإذا زال ذلك المعنى قبل ملك[1] الدار لم تستحق الشفعة . ولهذا المعنى قالوا فى الشفيع : إذا باع الدار التى استحق بها الشفعة قبل القضاء بالشفعة بطلت شفعته . فإذا كان كذلك ، فنى مسئلتنا شفعة الشفيع قد بطلت بالموت لزوال ملكه ، وشفعة الوارث لا تجب لعـــدم المعنى الموجب للشفعة وقت العقد . فصار كالرجل اشترى داراً بعدما وقع العقد على الدار التى إلى جنب هذه المشتراة ، لم يكن له[2] أخذ الدار المبيعة قبل شرائه بالشفعة . [3] كذلك هذا . وقولهم بأن ملك الوارث حكم ملك الميت ساقط لأن ملكه مباين[3] لملك الميت ، وقيامه مقام الميت فى بعض المواضع لا يوجب أن يكون مَلكَ ملكه . وقد بينا هذه المسئلة فى تعليق مسائل الخلاف فى الشفعة ، وفى كتاب الشفعة أيضاً .

---

654 (١) ل : ذلك .

(٢) ساقط من ف . (٣) ساقط من ل .

655 مسألة

قال : { وإذا قدّم رجل رجلا إلى القاضى فقال : إن هذا اشترى داراً وأنا شفيعها ، فينبغى للقاضى أن يسأله قبل أن يسأل المدّعى عليه : أين هذه الدار ، وفى أى بلد ؟ ويقول موضعها وحدودها . فإذا فعل ذلك قال : بأى شيء أنت شفيع ؟ فإن قال : بدار لى تلاصقها ، أقبل على المدعى عليه فقال له : ما تقول فى ما ادعى عليك ؟ فإن قال : // [ل ١٨٠ ب] ما لهذا قبلى شفعة هذه الدار التى ذكرها ، قال للمدعى : قد أنكر ما ادعيت . فإن قال المدعى : حَلِّفْه لى[١] ، استَحْلَفَه : بالله ما لهذا قبلك شفعة هذه الدار التى وصف وحدّد . [٢] فان حلف[٢] فلا شيء عليه ، إلا أن يقيم المدّعى بينة على أمر تجب به الشفعة . } أما سؤال القاضى ابتداء للمدعى عن مكان الدار وصفتها وحدودها فلتحصيل الدعوى فى معلوم ، لأن الشيء المدعى ينبغى أن يكون معلوما عند الخصومة . فإذا بين المدعى ذلك للقاضى ، حينئذ سأل عن الحق الذى به يستحق الشفعة : أنه معنى الخلطة أو الشركة أو الطريق أو الجوار ، لأنه يُحتمل أن يكون ذلك المعنى عند الشفيع مما يستحق به الشفعة ، وعند القاضى لا يستحق به الشفعة [أو] أن يكون غيره أولى مثل الشريك فى الطريق مع الخليط ، أو الجار مع واحد من هذين . فلذلك يسأله عن المعنى الذى به يستحق الشفعة . فإذا بين ذلك له ، حينئذ يُقبل على المدعى عليه لأن الدعوى قد [حصلت معلومة][٣] . وكذلك المعنى الذى به يستحق المدعى قد حصل معلوماً . فلابد من أن يسأل المدعى عليه : ما تقول فيما ادعى عليك هذا ؟ فإن قال : ما لهذا قبلى شفعة هذه الدار التى ذكر ، فإن هذا يحتمل أن

---

655 (١) أى . (٢) ساقط من ل .

(٣) فى الأصل : حصل معلوما .

يكون لا شفعة له ، لأنه لم يشتر المدعى عليه الدار التى يدعى الشفيع أخذها بالشفعة . ويحتمل أن يكون قد أنكر المعنى الذى به يستحق الشفيع الشفعة . إلا أنه إذا //[ف ١٥٥ أ] أجمل فقال : ما له شفعة ، فإن القاضى لا[٤] يستفسره ويقول للمدعى : قد أنكر دعواك . فان قال المدعى : حلّفه لى ، استحلفه : ما لهذا قبلك شفعة هذه الدار التى وصف وحدد . لأن المدعى إذا لم يكن له بينة ، فحقه فى يمين المدّعى عليه . قال النبى صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه »[٥] . فإن حلف برىء من دعواه ، إلا أن يقيم الشفيع البينة على استحقاق الدار بالشفعة ، فحينئذ تُقبل بينته على ذلك . //[ل ١٨١ أ] فإن كان المدعى عليه قد حلف من قبلُ ، إن اليمين لا حكم لها عندنا مع البينة . ألا ترى أن البينة لو كانت موجودة فى الابتداء سقط حكم اليمين . كذلك متى وُجدت سقط حكم اليمين . وقد بينا هذا فى كتاب الدعوى .

656 فصـــل[١]

{ فإن قال المدعى عليه اشتريت هذه الدار التى[٢] يدعى الرجل ، إلا أن الدار[٢] التى فى يدى الرجل ليست له ، وما له قبلى شفعة ، فإن القاضى يكلف المدعى إقامة البينة على أن الدار التى فى يده له } ، لأن الدار وإن كانت له فى الظاهر لثبوت يده عليها وجواز تصرفه ، فإن الظاهر عندنا لا يُستحق به على الغير . ألا ترى أن رجلا لو[٣] قذف رجلا فادعى القاذف أن المقذوف[٤] عبد إنا لا نحكم على القاذف بالحد ما لم يُقم المقذوف البينة أنه حر وإن كان الظاهر أنه حر . وكذلك فى الشهادة لو قال المشهود عليه : إن الشهود عبيد ،

---

(٤) ساقط من ل .

(٥) صحيح البخارى ، رهن ، ٦ .

656 (١) ل : مسئلة .

(٢) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ف .

(٤) مزيد فى الأصل هنا : له .

إنا لا نحكم بالمال على المشهود عليه حتى تثبت حرية الشهود عند القاضي وإن كان الظاهر أنهم أحرار . وكذلك لو أن رجلا قطع يد رجل ثم ادعى أن المقطوع يده عبد ، لم يحكم على القاطع بقطع اليد حتى تثبت حرية المقطوع وإن كان المقطوعة يده في الظاهر أنه حر ، لأن الظاهر لا يُستحق به على الغير وإنما تدفع به دعوى الغير . فإذا كان كذلك ففي مسئلتنا أيضاً على الشفيع البينة [بأن](٥) الدار [التي] في يده له حتى يستحق الشفعة . } فإن قال : إن المشتري يعلم ذلك فحلّفه ، فإن القاضي يحلف المشتري : بالله ما تعلم أن الدار التي في يدي هذا المدّعي التي سمّى ووصف إلى جنب هذه الدار التي اشتريت له ، فإذا حلف فلا سبيل عليه ، إلا أن يقيم المدعي بينة أنها له . وإن لم يحلف على ذلك قال له الحاكم : قد أقررت بشراء هذه الدار التي اشتريتَ ونكلت عن اليمين // [ل ١٨١ ب] على هذه الدار التي في يدي المدعي ، فقد ثبت بنكولك أنه جار الدار ، والشفعة واجبة } . وهذا بين لأن النكول عندنا يوجب ثبوت الشيء المدعى على المدعى عليه . فإذا نكل المشتري (٦) عن اليمين(٦) ثبت للشفيع حق الشفعة .

657 قال(١) : فإن قال المشتري : قد اشتريت منذ سنة ، وعَلِمَ بشرائي ولم يطلب ، فاسأله عن ذلك ، فإن القاضي يسأله : متى اشترى هذا هذه الدار ؟ فان صدّقه : أنه اشتراها منذ سنة وقد أشهدتُ على شفعتي ولم يكن في البلد قاضٍ ، وكان الأمر على ما قاله أنه لم يكن في البلد قاض فانه ينبغي للقاضي أن يسأل المشتري : في أي يوم // [ف ١٥٥ ب] اشتريتَ وأي شهر من السنة ؟ فإذا سمى ذلك قال للشفيع : قد سمّيت الوقت ، فهل هو على ما قال ؟ فان قال : نعم : فمتى علمتَ ؟ فان قال : في اليوم الذي اشترى وساعة

(٥) في الأصل : لأن . (٦) ساقط من ف .

657 (١) ساقط من ف .

اشتراها كنت حاضراً للشراء ، وأشهدت على شفعتى ثم طلبتُ بالشفعة ، فإنه يُكلّف الشفيع أن يأتى بالبينة أنه أشهد على شفعته وطلبها . فاذا جاء بهم فشهدوا له على ما ادعى ، سألهم القاضى : أى وقت أشهدكم على هذا ؟ فإن ثبتوا الوقت الذى وقع فيه الإشهاد فى الموضع الذى يجوز أن يكون إشهاداً ، فان القاضى ينظر فيما بين الوقت الذى أشهد فيه على شفعته وبين الشراء ، فان كان بينهما وقت من الأوقات فعليه اليمين : بالله إنه لم يعلم بالشراء قبل هذا الوقت الذى أشهد فيه على شفعته ؟ فان حلف برىء . فان اتفقا على الثمن دفعه إليه — يعنى الثمن — وقضى له بالدار { .

وذلك[٢] أن الشفعة فى الظاهر قد كان وجبت على ما بينا فى الفصل الأول . فلما ادعى المشترى أن الشراء كان منذ سنة ولم يطلب الشفيع الشفعة ، فقد ادعى عليه بطلان الشفعة ، فعليه البينة . فإذا قال للقاضى : سله عن ذلك ، فإن القاضى يسأله عن وقت الشراء ، لأنه لو صدّقه فى ذلك ثبت // [ل ١٨٢ أ] وقت الشراء أنه منذ سنة ، ويصير الظاهر مع المشترى : أن الشفيع لم يطالب . وصار الشفيع هو المدعى لإثبات حق الأخذ بالطلب . فلذلك سأله القاضى عن وقت الشراء . فإن أقر بذلك وادعى أنه أشهد على شفعته إلا أنه لم يكن فى البلد قاض — [وكان][٣] البلد خالياً من القاضى — فإن القاضى يسأل المشترى عن وقت الشراء : فى أى يوم كان ، وفى أى شهر من السنة ، حتى تحصل دعوى الشفيع فى وقت الطلب معلوماً . فإذا قال المشترى ذلك ، قال للشفيع : قد سمعتَ الوقت ، فهل هو على ما قال ؟ فإن قال : نعم ، قال : فمتى علمت ؟ فإن قال : فى اليوم الذى اشترى ، وساعة اشتراها كنتُ حاضراً للشراء فأشهدت على شفعتى ثم طلبت الشفعة ، فقد حصل الدعوى فى معلوم ، لأنه قد ثبت أن الشراء وقع فى شهر معروف ويوم معروف منذ سنة عندهما

---

(٢) ل : وكذلك .   (٣) فى الأصل : كان .

جميعاً . والشفيع يدعى أنه قد طلب الشفعة ، فعليه البينة على دعواه . فإذا جاء بالبينة سألهم القاضى : أين أشهدكم على هذا ؟ لأنه يجوز أن يكون موضع الإشهاد على الطلب موضعاً لا يصح فيه الإشهاد على الطلب ، مثل أن يكون فى بيت نفسه ، أو فى موضع لا يكون عند الدار ولا عند البائع ولا المشترى ، فلا يثبت حكم هذا الإشهاد ، إذ الإشهاد عنـــدنا لا يصح إلا فى أحد هذه المواضع الثلاثة إذا كانت الدار فى يدى البائع . فإذا كانت الدار فى يدى المشترى بقى موضعان : حيث المشترى ، أو الدار . فلذلك سألهم عن مكان الإشهاد . فان قالوا فى موضع الدار أو المشترى وثبت الإشهاد ونظر فى الوقت الذى وقع فيه الإشهاد والوقت الذى وقع فيه الشراء ، فان لم يكن بينهما // [ف ١٥٦أ] وقت فالشفعة ثابتة . وإن كان بينهما وقت ، فان هذا لا يوجب إثبات الشفعة لأنه يجوز أن يكون الشفيع قد كان علم قبل ذلك فلم يُشهِد على الشفعة فتبطل // [ل ١٨٢ ب] شفعته . فيلبغى أن يحلّف الشفيع : بالله لم يكن يعلم بالشراء قبل هذا الوقت ؟ لأن الشفيع ها هنا مدعى عليه أنه قد كان علم بذلك قبل الإشهاد ، فلم يطلب ، فعليه اليمين : بالله ما يعلم بذلك قبل الإشهاد؟ فان حلف على ذلك واتفقا على الثمن دفعه إلى المشترى ويقضى له بالدار ، لأنه قد أثبت الشفعة ، فعليه تسليم الثمن[٤] حتى يستحق أخذ الدار ، مثل المشترى لا يأخذ الدار إلا بتسليم الثمن . كذلك الشفيع .

628 قال : { وإن اختلفا فى الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه } . وقد بينا هذا فى الشفعة ، لأن الدار من ملك المشترى[١] ، فالرجوع[٢] إلى قوله .

قال : { وإن أقاما البينة ، فالبينة بينة الشفيع فى قول أبى حنيفة . وفى قول

---

(٤) ساقط من ف .

658 (١) مزيد هنا فى الأصل : يستحق .

(٢) فى الأصل : فالمرجوع .

أبى يوسف ومحمد : البينة بينة المشترى [. وهذا غلط منه[٣] ، لأن محمداً مع أبى حنيفة فى هذه المسئلة . وقد بينا هذا فى الشفعة ونظائر هذه المسائل من الاختلاف فى قيمة البناء وغير ذلك . وبينة هذه المسئلة لأبى حنيفة ومحمد أن الشفيع أقام البينة على إقرار المشترى بأن الثمن كان ألف درهم لأن عقد البيع بقوله وقع ، فاقامة البينة على العقد إقامة على[٤] إقراره . فاذا كان كذلك ثبت أن الشفيع أقام البينة على إقرار المشترى ، والمشترى أقام البينة على إقرار نفسه . فكانت بينة الشفيع أولى ، لأن بينة الإنسان على إقرار نفسه لا تمنع بينة الغير على إقراره . وقد استوفينا الكلام فيهما فى الأصل . وأما أبو يوسف فانه جعل بينة المشترى أولى لحصول الزيادة فى شهادتهم ، كما قالوا فى البائع والمشترى أن بينة البائع أولى من بينة المشترى . والجواب عنه لأبى حنيفة ما بينا لأن البائع أقام البينة على المشترى بالعين والمشترى // [ل ١٨٣أ] أقام البينة على البائع بألف ، فتساويا من هذه الجهة ، ويُرجع فى نفاذ الحكم بها على الزيادة لهذه العلة . وفى مسئلتنا المشترى لم يقم البينة على إقرار الشفيع ، فلذلك لا تقبل بينته عليه .

657 فصل

وإن قال الشفيع للقاضى : إن المشترى يقول إنه اشتراها منذ سنة ، ولم يعلم إلا منذ خمسة أيام ، وذلك الوقت لم يمكنه فيه التقدم إلى القاضى ، فانه يُكلف أن يقيم البينة على الشهادة على شفعته وأنه قد طلبها . فاذا اثبت ذلك حلّفه القاضى : بالله ما علم بشراء فلان هذه الدار قبل هذا الوقت الذى أشهدتَ فيه هؤلاء الشهود على شفعتك فيها وعلى طلبك إياها . فان نكل عن اليمين فلا حق له فيها . وإن حلف على ذلك ولم يمكنه التقدم إلى القاضى منذ

---

(٣) أى من الخصاف . (٤) ساقط من ل .

أشهد وعلم إلى يومه ذلك ، فله الشفعة . وإن أمكنه التقدم وترك ذلك وفرّط في الطلب بطلت شفعته } . وهذه المسألة معطوفة على الأولى ، فلهذا لم يتبين وجه السؤال على كل ما يحتاج إليه . والحكم في هذه وتلك سواء في سؤال البينة عن وقت // [ف ١٥٦ ب] الإشهاد وغير ذلك . فإذا كان كذلك إن الدار إذا كانت مشتراة منذ سنة على ما قال المشترى ، والشفيع ادعى أنه لا يعلم إلا منذ خمسة أيام ، وقد أقام الشفيع البينة على إشهاده منذ خمسة أيام ، فان المشترى مدعٍ لبطلان الشفعة بالسكوت عن طلبها منذ سنة إلى هذه الخمسة الأيام ، فيُحلف الشفيع[١] : بالله ما علم بذلك قبل وقت الإشهاد ؟ فان نكل عن اليمين صار كأنه أقر بأنه علم بالشراء قبل ذلك ، فتبطل شفعته . وإن حلف برىء من دعوى المشترى وثبت له الإشهاد على شفعته . إلا أنه [إذا] كان بين الإشهاد وبين هــــذا الوقت وقت كان يقدر على الوصول إلى القاضى والخصومة في ذلك فقد بطلت الشفعة لأنه لم يأت المشترى ولم يطلب منه فيبطل حكم ذلك على الإشهاد .

660 فصـــل

قال : { وقال // [ل ١٨٣ ب] [١]أبو حنيفة[١] : إذا طلب الشفيع الشفعة فأشهد على المشترى بذلك فهو على شفعته أبداً . وقال محمد : إن [٢]ترك الطلب[٢] بعد الإشهاد على المشترى بطلت شفعته } . وأما قول أبي حنيفة فهو ظاهر لأن الشفعة إذا أشهد عليها ثبت حق الشفيع في الأخذ ، فبعد ذلك لا يبطل [٣] أبداً كالبيع وسائر العقود إذا وُجد فيها الإيجاب والقبول لم تبطل أبداً [٣] وإن لم يوجد حتى افترقا بطل العقد . فالطلب في مثل هذا القبول إذا

---

659 (١) كذا في ج . وفي ف ، ل : البائع .

660 (١) ساقط من ل . (٢) ل : طلب .

(٣) ساقط من ل .

ثبت حكمه لا يجوز أن يبطل بالسكوت عنه : فأما قول محمد فهو استحسان ، وذلك أنه إن لم يحكم ببطلان شفعته كان قد [أضر](٤) بالمشترى لأنه يكون ممنوعاً من التصرف فى الدار طول دهره ، والدار فى ملكه ، فلا يجوز ذلك . وأبو حنيفة لم يعتبر هذا لأن فى كل هذا يمكن الوصول إلى حقه بأن يحمله إلى القاضى حتى يأخذ الدار بالشفعة أو يبرأ منها حتى يتصرف فيها . فهذا موجود فى البيع لأن المشترى إن لم يأخذ الدار أيضاً وغاب حتى لا يقدر البائع على التخلية بينها وبين المشترى ولم ينقد له الثمن ، وبقى خمسون سنة ، كان البائع ممنوعاً من التصرف فى الدار وفى ثمنها . والملك لا يخلو من حصول البدل له والتصرف فى نفس الملك ، وهذا ممنوع من التصرف فى الدار ومن الثمن جميعاً . ومع ذلك لم يبطل حق المشترى . كذلك الشفيع .

661 قال : { وإن قال الشفيع : قد كنت أشهدت على شفعتى وعلى طلبها يوم علمتُ بشرائه وذلك منذ خمسة أيام فمات شهودى أو غابوا ، أو قال : لم أجد قوماً أُشهدهم على شفعتى إلا أنى قد جئت إلى المشترى وطلبتها منه وسألته أن يدفعها إلىّ بشفعتى فيها فمنعنى ذلك ، فأعلمته أنى على شفعتى ، واستحلفه لى على ذلك ، فان القاضى يحلف المشترى على ذلك : بالله ما تعلم أنه أشهد على شفعته فى هذه الدار التى اشتريت فى الوقت الذى ذكر وهو يوم كذا ؟ وأما اليمين على طلبها من المشترى فانه يحلف المشترى : بالله البتة ما طلب هذا الدار التى اشتريت بشفعته فيها منك يوم كذا ولا // [ل ١٨٤ أ] سألك دفعها إليه بشفعته ؟ فان نكل عن اليمين على ذلك يحلف الشفيع ما علم بشرائه قبل هذا // [ف ١١٧ أ] اليوم الذى أشهد فيه وطلب . فان حلف وجبت له الشفعة } . وذلك أنه قد جمع بين مسئلتين ، أحداهما أنه أشهد على نفسه ، إلا أن شهوده قد ماتوا أو غابوا ، والثانية أنه لم يجد أحداً يشهد على ذلك فجاء

---

(٤) فى الأصل : أقر .

وطلب من المشترى . فاذا كان كذلك قلنا إن الظاهر فى خلاف ما ادعى الشفيع لأنه يدعى إثبات الطلب ، وليس له بينة على ذلك ، فيحلف المشترى على دعواه . فان كان(١) دعواه فى أنه أشهد على ذلك إلا أن شهوده قد ماتوا أو غابوا فان المشترى يحلف على العلم ، لأنه على فعل الغير : بالله ما يعلم أن الشفيع قد أشهده على شفعته فى هذه الدار فى يوم كذا . وإن كان الدعوى فى طلب الشفعة من المشترى ، فان المشترى يُحلف على البتات لأنه فعل نفسه إذ كان الشفيع منه طلب تسليم الدار إليه . فيحلف : بالله ما طلب منك شفعة هذه الدار فى يوم كذا ولا سألك دفعها إليه بالشفعة . فان حلف برىء من دعوى الشفيع ، لأن الإشهاد لم يثبت إلا أن يقيم الشفيع البينة على الإشهاد . وإن نكل عن اليمين فقد ثبت الإشهاد . فحينئذ يصير المشترى هو المدعى لبطلان الشفعة بترك الطلب قبل ذلك . فيحلّف الشفيع : بالله ما علم شراءه قبل هذا اليوم الذى أشهد فيه وطلب ؟ فان حلف وجبت له الشفعة ، وإن نكل عن اليمين لم تجب له الشفعة لأنه يصير كإقراره بعلمه بالشراء ولم يطلب .

قال : واليمين الأولى التى فسرناها تأتى على هذا : يحلفه القاضى : بالله ما لهذا قِبلك شفعة هذه الدار . فاذا حلف فقد أتى على ما يريد . ولكن إنما قال : استحلفه على أنه ما يعلم أنه أشهد على شفعته فى وقت كذا ، إذا أقر المشترى بالشراء وأن هذا جار للدار ، لأنه إذا أقر بهذا فقد // [ل ١٨٤ ب] زعم أنه شفيع ، ولكنه يقول : قد علم ففرّط ولم يطلب .

662 قال : { وإذا ثبتت الشفعة للشفيع ولم يعلم بالثمن فهو بالخيار إذا علم ، إن شاء أخذها وإن شاء ترك } ، من قِبل أن الثمن مجهول عنده . فاذا

---

661 (١) كذا فى الأصل .

علم به وجب له الخيار كالمشترى إذا اشترى السلعة برقمها ثم علم ما رقمها ، كان له الخيار فى الأخذ والترك . وكمن اشترى صبرة[١] من طعام ، كل قفيز منها بدرهم ، فاذا كاله ووقف على الثمن كان له الخيار فى الأخذ والترك . كذلك هذا .

663 قال : { فان أراد أخذ الدار بالشفعة قال له القاضى : ادفع الثمن وخذ الدار ، فان قال : نعم حتى أحتال[١] الثمن أو أضطرب فيه ، لم يكن له ذلك } — يعنى أخذ الدار . فأما الشفعة إذا قضى بها القاضى فلا تبطل أبداً ، إلا أن الدار صارت ملكاً للشفيع وإن لم يكن له أخذها ، كما يكون ملك المشترى وإن لم يكن له أخذها من البائع حتى يسلم إليه الثمن . وأما قبل القضاء بعد الطلب فعلى ما بينا من الاختلاف بين أبى حنيفة ومحمد .

قال : { وإن قال : الثمن فى منزلى ، أذهب فأجىء به ، أو : هو عند الصيرفىّ ، أذهب فأجىء به ، فله ذلك . ولا يؤخَّر الشفيع إذا // [ف ١٥٧ ب] اختار بالثمن إلا مقدار هذا الذى ذكرنا ونحوه } . يعنى لا يحكم له بالدار إلا على هذا الوجه ، لأن هذا مثل سائر عقود المعاوضات ، فينبغى أن يقع ملك كل واحد منهما بإزاء ملك صاحبه .

664 قال : { فان أحضر الشفيع البائع ، والدار فى يده لم يدفعها إلى المشترى ، والمشترى غائب ، لم يكن بينه وبين البائع خصومة } ، لأن الملك للمشترى ، فلا يجوز أن يُستحق عليه ملك من غيبته ، إذ الحكم على الغائب لا يجوز عندنا .

---

662 (١) أى كية بلا كيل ولا وزن .

663 (١) ل ن : اختار . ولعل المعنى هنا أن يحيل بالثمن على إنسان آخر ، أو حتى يلتمس له جمعه .

قال : { وكذلك إن كان المشترى حاضراً والبائع غائباً ، والدار فى يدى البائع } من قِبل أنه لا يجوز إزالة يد البائع عن الدار مع غيبة البائع . { فإن كان دَفَع الدار إلى المشترى وغاب قضى للشفيع على المشترى[1] } ، لأنه لا حق للبائع فى الدار بعد التسليم . { فإن كان المشترى // [ل ١٨٥ أ] هو وكيل فى الشراء فللشفيع أخذها من يده وإن كان الملك للآمر } ، من قِبل أن حقوق العقد متعلقة بالعاقدَين ، والشفيع قد ثبت له الأخذ على الوكيل بالعقد ، فلا تبطل لغيبة الآمر ، لأن الآمر وإن كان مالك الدار فانه[2] لم يملكها بالعقد ، وإنما يملكها من جهة الوكيل بالضمان بحقوق العقد . وليس هذا ككونها فى يدى البائع والمشترى غائب لأن ملك المشترى يثبت بالعقد الذى يثبت به حق الشفيع . ومتى ما أخذ الشفيع الدار من يدى البائع انفسخ العقد بينه وبين المشترى ، فينفسخ حينئذ ملك المشترى بفسخ[3] العقد . فإذا كان كذلك لا يجوز أن يُفسخ ملك المشترى وتُرد الدار إلى ملك البائع حتى يأخذها الشفيع [4]مع غيبة المشترى . وهذا المعنى غير موجود فى مسئلة الوكيل لأن الشفيع[4] إذا أخذ الدار من يدى الوكيل لا ينفسخ ملك المشترى ، لأن الدار من ملكه اُستحقّ . ولا ينفسخ البيع بين الوكيل وبين البائع أيضاً لأنها أخذت بعد القبض ، ولا هناك عقد بين الوكيل والمشترى حتى ينفسخ بأخذ الدار من يدى الوكيل إذ قلنا إن الموكل يملك الشىء من جهة الوكيل بالضمان لا بالعقد . فإذا كان كذلك ، لم يكن فى أخذ الدار من يدى الوكيل فسخ عقد على المشترى ، أولا يفسخ الملك عليه . وإنما هو استحقاق الدار من ملكه ، فقد عقده وكيله وأقامه مقام نفسه فى ذلك العقد وما يتعلق به من الحقوق . وهذا الحق الذى [أوجب][5] للشفيع الشفعة كان من

---

664 (١) فى الأصل يوجد هنا كلمة : صح .

(٢) أى المشترى . (٣) ل : ويفسخ .

(٤) ساقط من ل . (٥) فى الأصل : وجب .

حقوق ذلك العقد . فلهذا كان للشفيع أخذها من الوكيل من غير انتظار الموكل . وهناك لم يكن له أخذها من يدى البائع لأن فيه فسخ ملك المشترى وعقده مع غيبته من غير أن يكون هناك أحد يقوم مقامه .

665 قال أبو بكر الخصاف : { فإذا اشترى الرجل من الرجل داراً وهما بالسواد والدار بالكوفة فطلب الشفيع الشفعة بالسواد حيث المشترى ، فله ذلك ، وكذلك(١) إن طلب بالكوفة حيث الدار } .

الأصل فى هذا أن //[ل ١٨٥ ب] طلب الشفعة عندنا يصحّ بأحد ثلاثة مواضع إذا كانت الدار غير //[ف ١٥٨ أ] مقبوضة : عند البائع أو عند المشترى أو عند الدار . وإذا كانت مقبوضة فعند المشترى أو عند الدار ، إذا كانت غير(٢) مقبوضة ، فللبائع حق الإمساك واليد ، فيصح الإشهاد عليه إذ الاستحقاق من يده فيها [بزوال](٣) يده عن الدار . ويصح عند المشترى لأن ملكه يُستَحقّ ، فيصح وقوع الإشهاد عليه . ويصح عند الدار لأن المستحق هو الدار [ ](٤) على الإشهاد وعند المشترى لثبوت حق الاستحقاق .

قيل للشيخ : لِمَ لا يكون مثل القبول ، إنه لا يصح إلا عند العاقد لأن الطالب [ ](٤) . فأما إذا كانت مقبوضة فإن حق البائع قد سقط ، فلا يصح الإشهاد عليه ، ويصح عند الدار وعند المشترى لِما بينا .

666 قال : { ولا تصح البراءة وتسليم الشفعة قبل البيع } لأن البراءة من الحقوق قبل ملكها لا يصح . ألا ترى أن المشترى إذا أبرأ البائع من خيار

---

665 (١) ل : وبذلك .
(٢) ساقط من ل .
(٣) فى الأصل : يزول .
(٤) بياض فى الأصل .

الرؤية أو العيب لم يصح . فكذلك هذا مثله . وكما قالوا جميعا فى البراءة من الدين قبل وجوبه إنه لا يصح . كذلك هذا .

قال : { فإن سلم بعد ما وجب البيع ولم يعلم بالشراء فهو تسليم } ، لأن حق الطلب للشفعة عندنا يجب بالعقد . فإذا كان السبب الموجب له ذلك هو العقد — وقد وُجد — صحّت البراءة منه والتسليم ، سواء علم بذلك أو لم يعلم ، كما تصح البراءة من الديون ، علم به أو لم يعلم ، وكما يصح العتق والطلاق والعفو من دم العمد علم[1] بالأسباب الموجبة لها أو لم يعلم . والمعنى الجامع بينهما وبين مسئلتنا إسقاط الحق بعد وجوب السبب الموجب له . وليس هذا كخيار المعتقة لبطلان الزوجية مع عدم العلم ، لأن الخيار هناك لا يثبت عندنا إلا بعلمها بالعتق . فلا يكون السبب الموجب لخيارها موجوداً . ونظير ذلك فى مسئلتنا : أن تعلم بالعتق ولا تعلم أن لها خيار فسخ العقد // [ل ١٨٦ أ] أو إمضاءه فاختارت الفسخ أو الإمضاء إنه يجوز وإنْ لم تعلم بخيارها لوجود السبب وهو علمها بالعتق .

667 قال : { ولو سلم الشفعة البائع جاز أيضاً } ، وذلك أن للبائع حقاً فى هذا التسليم وإن كانت الدار مسلمة إلى المشترى ، لأنه متى رد عليه المشترى بالعيب بقضاء قاض لم يكن للشفيع أخذها . فإن كان كذلك صح التسليم للبائع كانت الدار فى يده أو لم تكن . ولا يكون له أخذها من المشترى لأن تسليم الشفعة إذا سقط من وجه سقط من سائر الوجوه ، لأنه حق واحد .

قال : { ولو قال للمشترى : قد سلمت شفعة هذه الدار التى اشتريتها ، وكان المشترى وكيلا فى ذلك ، صح التسليم } ، لأن المشترى هو الخصم فى ذلك ، فيصح التسليم له كما // [ف ١٥٨ ب] يصح الأخذ منه .

---

666 (١) ساقط من ل .

قال(١) : { وكذلك لو قال : سلمت شفعتها إن اشتراها له { لأن فيه تسليم الشفعة للوكيل والموكل جميعاً ، كما قلنا فى البراءة إذا أبرأ المكفول عنه برىء الكفيل . كذلك هذا إذا سلم الشفعة للموكل قد سلم للوكيل ، (٢) إذ الوكيل(٢) قائم مقامه فى ذلك .

قال : { وكذلك(٣) لو كان رجل قد وكله رجل فى تسليم الشفعة فقال : سلمتها لك ، أو قال : قد تركتها لك ، أو قد صفحت عنها لك ، فهذا كله تسليم الشفعة { لأن هذا بمنزلة قوله : سلمتها لأجلك وكلامك ، إذا كان التسليم ورد على سؤال السائل . وليس هذا كابتداء التسليم للأجنبى ، إنه لا يكون تسليما لأنه إذا لم يكن هناك دلالة على تسليم المشترى وبراءته من حق الشفيع لم يكن يُحمل الكلام على ذلك . فصار كأنه قال : سلمّها لك ، أو وهبتها لك لتقوم أنت مقامى فى الأخذ ونقلها إليك . والشفعة لا يجوز نقلها إلى الغير عندنا فلا يصح التسليم للأجنبى ولا من المشترى أيضاً لأن الشفيع لم يبرئه من ذلك ، وإنما أقام غيره مقام نفسه ، مثل هبة الدين إذا قال لغيره قد // [ل ١٨٦ ب] وهبت لك ما فى ذمة فلان من الدين الذى لى عليه ، لم تصح الهبة ولا يبرأ المطلوب . كذلك ها هنا . وكذلك لو صالح الأجنبىّ من الشفعة على مال ، فإن شرط نقل الشفعة إلى الأجنبى لم يقع التسليم ولا وجب المال ، لما ذكرنا أن نقل الشفعة لا يصح . وإن لم يشرط النقل كان تسليما للشفعة ولا يُستحق المال أما بطلان المال فلأن حق الشفعة ليس بمال ولا يؤول إلى مال ، ولا فيه إبطال ملك فلا يجوز أن يعتاض عنه بدلا ، قياساً على خيار القبول وعلى الكفالة بالنفس : إنه إذا صالح على إبطال خيار القبول وإبطال الكفالة لم يستحق المصالحَ له المال المعوّض عنه للعلة التى ذكرناها . أما قولنا : ليس بمال ، فهو احتراز من الصلح [من دم](٤) العمد والصلح من العيب .

---

(١) ساقط من ف .
(٢) ساقط من ل .
(٣) ل : وكله .
(٤) فى الأصل : ودم أ .

وأما قولنا : وليس فيه إبطال ملك ، فاحتراز من العتق على مال ، إذ البدل يؤخذ عن العتق لأن فيه إبطال ملك المعتِـق . وقد بينا هذه المسئلة وما يعرض عليها فى الشفعة . وأما التسليم فإنما صح لأن بطلان البدل من جهة الحكم لا يقدح فى التسليم بدلالة بطلان البدل فى الخلع من جهة الحكم إذا كان خمراً أو خنزيراً لا يقدح فى الخلع . وكذلك فى الصلح من دم العمد وغير ذلك .

فإن قيل فما الفرق بين قوله للأجنبى ابتداء : قد سلـّمت لك شفعة هذه الدار ، إنه لا يكون تسليما ، وبين قوله : صالحتك من الشفعة على هذا المال ، يكون تسليما ، وفى كلا الموضعين ليس اللفظ [نقل](٥) الشفعة إليه ؟ قيل له : أما قوله : قد سلمت لك ، فظاهر اللفظ أن الشفعة سلمها له ونقلها إليه . ألا ترى أنه لو قال : وهبتها لك ، يكون بمعنى نقلتها إليك ، ولا يكون بمعنى وهبتها للمشترى لأجلك ، إذ لم يكن هناك دلالة غير خطاب الشفيع . فكذلك قوله : سلمتها لك ، يكون التسليم إليه دون المشترى . وأما قولة : صالحتك منها // [ل ١٨٧ أ] على ألف درهم فليس فيه دلالة على // [ف ١٥٩ أ] نقل الشفعة إليه ، فيكون تسليما للشفعة فى الأصل ما لم يقل على أن الشفعة لى . هذا الذى حصلنا من جهة الشيخ ، وفيه إشكال ، لأن الكاف يجوز أن تقوم مقام لك . ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول : وهبتها لك ، وبين قوله : وهبتكها ، وقوله : أصالحك ، أى أسلمها لك ، على ألف ؟ إلا أن الذى يقوى عندى هو أن الأصل الصلح على البراءة ، ولا يوجب النقل عند أصحابنا . ولا يُعلـّق ضمان ما لم يشترط ، فإذا كان مقتضى الصلح البراءة وجب حمله على البراءة . فيكون واقعاً على براءة الشفيع من الشفعة ، فتبطل الشفعة . وفى الباب الأول ذكر التسليم دون لفظ الصلح ، والتسليم يوجب النقل ، فالظاهر أنه يوجب نقله إلى المخاطب دون غيره ما لم يظهر لنا دلالة على غيره .

---

(٥) فى الأصل : فعل .

668 فصـــل

{ ولو أن المشترى اشترى الدار على أن ضمن له الشفيع عن البائع الدرك[1] فى هذه الدار ، فقبل ذلك الشفيع ، بطلت شفعته } وذلك من وجهين . أحدهما أن ضمان الدرك يتعلق به تسليم الدار أو الثمن إن عجز عن تسليم الدار . ومَن وجب عليه تسليم الدار إلى المشترى بالعقد لا يستحق الشفعة ، مثل البائع لاستحقاق التسليم عليه . والوجه الثانى أن الذى يلزمه ضمان الثمن على المشترى للبائع بالعقد لا يجوز أن يستحق الشفعة ، لأنه لو استحقها وأخذ الدار من يدى البائع يسقط الثمن عن المشترى فيسقط عن الضمين أيضاً . وليس للضمين سبيل إلى إسقاط ما ضمن عن البائع عن نفسه . وليس لأحد سبيل إلى إسقاط حق الغير عن نفسه بغير إذن أو ما يقوم مقامه .

669 قال : { وكذلك لو أن البائع باع الدار على أن[1] الشفيع بالخيار ثلاثة أيام[2] ، فأوجب الشفيع البيع لم تجب له الشفعة } ، لأنه هو الموجب للبيع . فصار مثل البائع ليس له فسخ ما أوجبه للمشترى . ففى إثبات الشفعة له إبطال ما أوجبه // [ل ١٨٧ ب] . إذ قد يجوز له أخذها من يدى البائع وإبطال الشراء لو جوّزنا له أخذها .

670 فصـــل

{ ولو كان المشترى هو الذى جعل للشفيع الخيار ثلاثة ، والمسئلة بحالها ، لم تبطل شفعته } . فالعلة الأولى موجودة هنا لأن فيه إبطال العقد الذى أوجبه . إلا أن الشيخ ترك[1] هذه العلة وقاس هذا على الوكيل . فقال : كما أن الوكيل

---

668 (١) أى أن يضمن أى عيب فيها . والدرك هو التبعة ، أو المسؤولية .

669 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .

670 (١) ل : برىء .

بالبيع لا تجب له الشفعة ، والوكيل بالشراء وجبت له الشفعة ، كذلك ها هنا إذا جعل الخيار إليه المشترى وجبت الشفعة[٢] . وخيار البائع ثلاثاً فى البيع يمنع وجوب الشفعة للشفيع ، لأن الشفعة عندنا لا تجب إلا برغبة البائع عن الملك ، وهو كما جعل لنفسه الخيار لم يرغب عن الدار فلا تجب له الشفعة . إلا أنه قال : ينبغى للشفيع أن يُشهد على شفعته حين وقع البيع إن علم به ، وكذلك إن الخيار إذا أُبطل يوجب جواز ذلك العقد ، فتكون الشفعة واجبة به . وكذلك الملك يستند إلى حال العقد ، فينبغى أن يطالب الشفعة عند وقوع العقد .

671 قال الخصاف : { وقد قال بعض أصحابنا : الإشهاد // [ف ١٥٩ب] يكون عند جواز البيع ، ولا يبطل البيع ولا تبطل شفعته بتركه عن حال العقد . وذهب هؤلاء إلى أن الملك يقع عند بطلان الخيار وإن كان يستند إلى حال العقد ، فينبغى أن يكون الإشهاد فى ذلك الوقت } .

672 قال : { وإن أخذها الشفيع بالشفعة ، فبنى فيها بناء ثم استُحقت ، رجع على من كان دفعه إليه بالثمن ، ولم يرجع عليه بقيمة البناء } . أما رجوعه بالثمن على مَن دفعه إليـه فلأن من أصلنا أن الثمن يُدفع إلى مَن أخذت منه الدار ، وتكون [عودة][١] الشفيع على مَن أخذ منه الدار ودفع إليه الثمن ، فلذلك رجع عليه بالثمن . وأما امتناع رجوعه بقيمة البناء فلأن المأخوذ منه الدار لم يوجب للشفيع ملك الدار ، وإنما أخذها منه الشفيع شاء أو أبى ، فلا يكون له غارّاً فى ذلك . فلا سبيل له عليه فى ضمان قيمة الدار ، فصار البناء من موجب العقد ، ويكون البائع غارّاً له فى ذلك . فإذا استحق رجع عليه // [ل ١٨٨ أ] كما يُرجع بقيمة [عقد الولد المغرور][٢] . { والوكالة

---

(٢) ساقط من ف .

672 (١) فى الأصل : عهدة . (٢) فى الأصل : ولد المغرور .

فى أخذ الشفعة جائزة } كما تجوز فى سائر الحقوق من اقتضاء دين وغير ذلك.
{ فإن قال[٣] المشترى للوكيل : أنا أريد يمين الشفيع لأنه قد سلم الشفعة لى ، فإن القاضى يأمره بتسليم الدار إلى الوكيل إن وجبت له الشفعة ، ثم يتبع المشترى فيحلفه على دعواه } ، كما قلنا فى الوكيل بقبض الدين إذا ثبت الدين وادعى المطلوب براءته من جهة الطالب أمر بتسليم الدين إلى الوكيل ، ثم يتبع هو الطالب فى يمينه على دعواه . وكذلك إن أراد استحلافه على أنه لم يفرّط فى طلب الشفعة وأنه لم يعلم قبل ذلك فهو على هذا .

673 باب الخصمين يحكّمان بينهما حكما

ذكر فى أول هذا الباب أحاديث عن السلف من التابعين فى جواز الحكمين ، والذى يدل على جواز الحكم بين الخصمين بتراضيهما قوله تعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُم شِقَاقَ بَيْنِهما فَابعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوفِّقُ اللهُ بَيْنَهُمَا ﴾[١] فهذا أصل فى جواز التحكيم بين الخصمين . { وقد روى عن جماعة من الصحابة منهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما خاصم أبىّ بن كعب فى أرض وحكّما زيد بن ثابت ، فحكم بينهما . وعن على رضى الله عنه حين خاصم اليهودى فى درع وجده فى يده فادّعى أنه كان لرجل من الأنصار يعنى طلحة على ما قيل — فخاصم إلى شريح ، وكان ولىّ الأمر [عليا][٢] فى زمانه ، ليحكم شريح بينهما ، فشهد بذلك الحسن بن على ، وقنبر[٣] مولى على عليه السلام، فلم يقبل شهادة مولاه . وقيل فى الأخبار أنه قال لعلى عليه السلام : سمعتك

---

(٣) ساقط من ل .

673 (١) سورة النساء ، ٤ : ٣٥ (٢) فى الأصل : وليا .

(٣) ابن سعد ، طبقات ، ج ٦ ، ص ١٦٥

تقول : لا تجوز شهادة الابن للأب ، فقال علي : فمثل الحسن ؟ فلم يقض (٤)بالدرع لعلي عليه السلام . إلا أن فيه دلالة في جواز التحكيم لأنه لولا أن حكمه (٤) جائز عليه لو حكم ما ارتفع إليه . ومنهم عثمان بن عفان رضي الله عنه ، وطلحة والزبير(٥) لمـّا تحاكما في خيار الرؤية } . وهذا إنما لم يُرو عن النبي عليه السلام فيه شيء // [ل ١٨٨ ب] لأنه لا يجوز أن يحكم أحد على النبي عليه السلام لأن يده مطلقة على الكافة ، وقوله مقبول ، لازم لكل مأمور ، ولا يجوز عليه الباطل والكذب ، وما عداه يجوز عليه غير الحق فلا يكون قوله لازما لكافة الناس ما لم يقيموه مقام الكافة . فلذلك اختلفا .

674 قال(١) : { وحكم الحكم لازم للخصمين كما يلزم القاضي إذا وقع ما لم يفسخه القاضي وهو في حق غيرهما بمنزلة عقد الصلح فاعتبره } . وإنما كان كذلك لأن لكل واحد منهما أن يلتزم حق صاحبه . فلما دخلا في التحكيم على حسب ما وجب الحكم لزمهما حكم ذلك فيما بينهما . وليس لهما أن يُلزما غيرهما حكما . فيكون في حق غيرهما بمنزلة الصلح ، وفي حقهما بمنزلة الحكم .

675 قال : { وإذا حكم الرجلان بينهما حكما فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك } لأنه لم يقض عليه الحكم بعد ، فله أن لا يلزمه ، كما له أن لا يدخل معه في العقد . { فإذا أمضى الحكم بينهما فليس لواحد منهما الرجوع عن ذلك } من وجهين : أحدهما أنه [ ](١) القضاء بمنزلة حكم الملك ، ما لم يفسخه فيما بينهما . والثاني ، كما ليس لأحد المتعاقدين أن يفسخ عقد الصلح بعد وقوعه كذلك هذا أيضاً .

---

(٤) ساقط من ل .

(٥) في الأصل : طلحة بن الزبير .

674 (١) ساقط من ف .

675 (١) كلمة غير مقروءة ورسمها : بعل .

قال[٢] : { فإذا رُفع ذلك إلى القاضى نظر فى ذلك ، فإن كان موافقا لرأيه والحق عنده أمضاه ، وإن كان غير موافق لرأيه أبطله } .

قال الشيخ : للقاضى أن يبطله وإن كان ذلك قد اختلف الناس فيه ليس هذا كالقضاء إذا رفع إليه لم يكن له أن يبطله إذا كان مما قد اختلف الناس فيه ، من قبل أن هذا بمنزلة عقد عقداه ، لأن القضاء ليس إليهما فهو فى حق غيرهما بمنزلة عقد الصلح ، فللقاضى أن يبطله على ما يراه الصواب .

676 قال : { ولو كان الحكم محدوداً فى قذف أو عبداً أو مكاتبا أو أعمى أو ذميا لم يجز[١] حكمه فيما بينهما } . الأصل فى هذا أنه كل مَن لا تجوز شهادته لا يجوز حكمه على وجه التحكيم أيضاً ، لِما بينا أن ذلك فيما بينهما بمنزلة حكم الحاكم . وحكم مَن لا تجوز شهادته كذلك لا ينفذ حكمه . كذلك هؤلاء فى هذا الموضع . وإن كان رضى أحدهما بالتحكيم ولم يرض الآخر لا يجوز قضاؤه عليهما لأنه لم يثبت أنه حَكَمٌ //[ل ١٨٩ أ] بعد حتى رضيا به جميعاً .

677 فصــــل

{ ولو كانا حكّما رجلا فحكم بينهما بحكم ولم يُشهد على ذلك فى المجلس الذى حكم فيه فإنه لا يُصدّق إذا قال قد حكمت بينهما بكذا وكذا } ، لأنه إذا حكم فقد خرج من التحكيم وصار معزولا ، ولا يصدّق قول القاضى المعزول على أحد .

---

(٢) ساقط من ف .

676 (١) ساقط من ل .

678 قال : { وإن حكّما رجلا فى حد أو قصاص لم يجز حكمه عليهما من أن الحدود حق الله تعالى ، واستيفاؤها إلى الإمام } ، لأنه هو القيم بأمر الله تعالى ، وهو قائم مقام الكافة . وأما القصاص فإن الشيخ أيده الله قال : ينبغى أن يجوز لأن ولىّ المقتول لو استوفى القصاص من غير أن يُرفع إلى السلطان كان استيفاؤه صحيحاً . كذلك هاهنا وجب أن يصح الاستيفاء//[ف١٦٠ب] إذا حكم الحاكم لأنه من حقوق بنى آدم .

679 قال : { ولو حكّما فى قتل الخطأ فحكم على عاقلة القاتل بالدية لم يجز قضاؤه } لما بينا أنه بمنزلة العقد على غيرهما ، ولا يجوز عقدهما على العاقلة كما لا يجوز صلحهما [(١)] على غيرهما [(١)] .

قال الشيخ : ولو حكم فى هذا بالدية على المحكّم القاتل لم يجز قضاؤها أيضاً ، والقاضى يبطله لأن ذلك حكم بالباطل ، لأن القاتل لا يلتزم دية المقتول فى الخطأ . فقضاؤه بغير حق ، فلا يجوز .

680 فصــــل

{ ولو قضى على أحدهما فيما يجوز قضاؤه بإيتاء يمين أو إقراره أو ببينة ، جاز } لما بينا أنهما قد التزما حكم المسلمين . فإذا قضى [(١)] بذلك جاز . { فإن قال المحكّم لأحدهما : قد أقررت عندى لهذا بكذا ، وقد قامت عندى عليك بينة لهذا بكذا فعُدّلوا عندى ، فقد ألزمتك ذلك وحكمت به عليك لهذا ، وأنكر المقضى عليه ذلك [(٢)] جاز الحكم له [(٢)] ، وكان الحكم له لازماً ، ولا يلتفت إلى إنكاره ، إلا أن يكون يخرجه من الحكم ويعزله } . مثل أن يقول : قد

---

679 (١) ف : عليها .

680 (١) ل : قصد . (٢) ساقط من ف .

حكمت عليك ، وذلك أنه قد رضى بحكمه ، فقوله مقبول عليه ما لم ينعزل ، كما يجوز قول القاضى عليه قبل العزل .

681 قال : { ولو حكمنا أحدهما أو واحداً ممن لا تجوز شهادته له لم يجز قضاؤه عليه كما [لا] [(1)] تجوز شهادته عليه } /// [ل ١٨٩ ب] . ولا تجوز شهادته لما بينا أن كل مَن لا تجوز شهادته فى شىء لا يجوز قضاؤه ، وكل ما جاز فيـــه شهادته جاز قضاؤه . وتحكيم الفاسق لا يجوز أيضاً كما لا تجوز شهادته .

682 مسئـــلة

{ وإذا تنازع الرجلان فادعى أحدهما أن له على صاحبه ألف درهم ، وأن فلاناً الغائب ضمنها له عن هذا ، فتراضيا هاذان برجل حكّماه بينهما ، والكفيل غائب ، فأقام المدعى شاهدين بأن هذا المدعى عليه أقر له بألف درهم ، وشهدا أن فلاناً الغائب ضمنها له بأمره أو بغير أمره ، فحكم الحاكم بالمال على المدعى عليه ، وحكم بالكفالة عليه ، فإن حكمه على المدعى عليه جائز ، ولا يجوز على الكفيل الغائب } . أما على هذا فلأنه قد رضى بحكمه ، وحكمه أوجبه[(1)] لزوم المال إذ قد أقام [ ][(2)] . وأما الكفيل فلا يلزمه شىء من وجهين ، أحدهما أنه غائب ولا يجوز القضاء على غائب ، والثانى أنه لو كان حاضراً ولم يرض بحكم الحاكم لم يلزمه . فإذا كان غائبا فهو أبعد ، لأن ذلك فى حقه كالعقد فيما بين الخصمين .

683 قال : { ولو كان الحكم رجلين فيما يجوز قضاء الحكم ، فاختلفا ، فرأى أحدهما رأيا ، ورأى الآخر خلافه لم يجز القضاء من واحد منهما حتى

---

681 (١) فى ج فقط .

682 (١) ساقط من ل . (٢) بياض فى الأصل .

يجتمعا على رأى واحد }، من قِبل أن المتحاكمين لم يرضيا بحكم أحدهما وإنما رضيا بحكمهما جميعاً ، فلا يلزمهما أحدُهما .

قال : { وكذلك لو كان هذا فى قول الرجل لامرأته : أنت علىّ حرام ، "ونوى الطلاق"[١] ولم ينو عدداً ، فقال أحد الحكمين : قد حكمت بأن هذه تطليقة بائنة ، وقال الآخر : قد حكمت بأنها بائنة بثلاث لم يجز الحكم فى ذلك حتى يجتمعا على أمر واحد } لِما بينا .

684 فصــــل

{ ولو كان الذى أقام شاهدين على حقه// [ف ١٦١ أ] فى حكم الحاكمين، فحكما له بحقه أو لم يحكما حتى مات الشاهدان أو غابا ، فسأل المدعى الحكمين أن يشهدا له على شهادة هذين اللذين شهدا عندهما على حقه ، فإنه لا ينبغى لهما أن يشهدا على ذلك . وإن شهدا بذلك وفسرا للقاضى لم ينفذ شهادتهما } ، من قبل أن الشهادة لا تصح حتى يشهدَ شاهدا الأصلِ على شهادتهما // [ل ١٩٠ أ] وها هنا شهد الحكمان على شهادتهما فلا يجوز أن يشهدا على ذلك . فإن شهدا وبينا ذلك للقاضى لم يقبل منهما ذلك لأنهما لا تكون شهادة .

685 باب الإقرار بالمال عند القاضى فى مجلسين والشهادة على صكين ذكر أحاديث فى أول الباب عن التابعين فى جواز الإقرار كرهت ذكرها خوف الإطالة .

قال : { ولو أن رجلا قدم رجلا إلى القاضى فادعى عليه ألف درهم ، فأقر بها عند القاضى ، وأثبتها القاضى فى ديوانه ، ثم دعاه القاضى فى مجلس آخر بعد ذلك ، وادعى أيضاً عليه ألف درهم ، فأقر بها ، فقال الطالب : قد أقر

---

683 (١) ل : ولم ينو الطلاق .

بألفين وذلك لى عليه ، وقال المطلوب : إنما هو مال واحد وألف واحدة[1] ، فإن القول قول المطلوب } .

قال : } وكذلك الشهادة فى غير موطن إذا كان إنما شهد على ذلك رجلان فصاعداً فى الموطنين جميعاً ، لم يشهد على الإقرار الثانى غير الأولين فهو مال واحد ، والإقرار عند الشهود كالإقرار[2] عند القاضى وإن اختلفت الأيام والمواطن ، ويدخل القليل من ذلك فى الكثير } .

686 قال : } ولو أن رجلا أشهد لرجل[1] على نفسه بألف درهم فى صك ، ثم أشهد على نفسه فى موطن آخر فى صك آخر بألف درهم أولئك الشهودَ بأعيانهم أو غيرهم ، فإن المالين جميعاً يلزمانه . وكذلك الإقرار بالصكين عند القاضى يلزمه المالين جميعاً . [والصكّان مثبتان][2] له مالين مختلفين قد نسب كل واحد منهما إلى غير ما نسب إليه الآخر . وإن لم يكن صكين وكانت شهادة فى موطنين ، فى كل موطن شهود بألف درهم ، فإن كان الشهود على // [ل ١٩٠ ب] المال الآخر هم الشهود على المال الأول فهو مال واحد ، إلا أن يقر المطلوب بأنه مالان . وإن كان الشهود على المال الآخر غير الشهود على المال الأول فهما مالان ، يؤخذ بذلك كله } .

قال الشيخ رحمة الله عليه : مذهب أبى حنيفة فى هذه المسائل كلها يلزمه المالان جميعاً ، سواء كان الإقرار عند القاضى أو عند الشهود ، أو كان فى صك أو غير ذلك . وعند أبى يوسف ومحمد : لا يلزمه إلا مال واحد[3] فى هذا كله أيضاً إذا كان الشهود واحدة على المالين جميعاً . ولم[4] يفرق بين الصك

---

685 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : قالا قوله .

686 (١) ل : لرجلين .

(٢) فى الأصل : والصكين مثبتة .

(٣) ساقط من ف .

(٤) ساقط من ل .

والإقرار فى غير هذا الموضع ، ولا أعرف الذى قال الخصاف فى الفرق بين الإقرار والصك . وجه قول أبى حنيفة أن الألف التى أقرّ بها فى المرة الثانية فى الظاهر أنها غير الأولى [فلأنه قد نكّرها](٥) ولو كانت هى الأولى لعرّفها(٦)، فلما ترك التعريف لم يكن فى اللفظ دلالة على أن المراد بها الأولى . فلا بد من إلزام المالين جميعاً . فأما أبو يوسف ومحمد فإنهما ذهبا إلى أن الثانية يُحتمل أن يكون // [ف١٦١ب] المراد بها الأولى ويحتمل غير ذلك، فلا يجوز إثبات المال بالشك والاحتمال(٧) ، وإنما يلزمه ما دخل تحت إقراره لا محالة . والجواب عن هذا أنا لم نلزمه المال بالشك وإنما ألزمناه بقوله حيث نكر المال الثانى ولم يبين لنا المراد .

687 قال : { ولو نسب المال إلى ثمن عبد سماه وسمى جنسه وعمله فهو مال واحد } . وهذا ينبغى أن يكون قولهم جميعاً ، لأن العبد الواحد لا يكون بثمنين. فلما قال فى المرة الثانية : علىّ ثمن فلان(١) العبد ألف درهم ، فقد عرف الألف بأنها الأولى ، فلا يجوز أن يلزمه ألفان(٢) .

قال : { وإن كان مبهما ليس فيه ثمن عبد فهو مالان } .

688 قال : { وإن جاء شاهدان على ألف درهم ولا يُعلم [أفى موطن] واحد أو فى موطنين فهو مالان ، إلا أن يعرف أنه موطن واحد } . وهذا ينبغى أن يكون على الخلاف الذى // [ل ١٩١ أ] تقدم القول به(١) .

---

(٥) فى الأصل : إلا أنه قد ذكرها .

(٦) ل : أقر بها . (٧) ساقط من ف .

687 (١) ساقط من ل . (٢) ل : الدين .

688 (١) المعنى فى هذه الفقرة غير واضح ، ولعل المراد أن فريقين من الشهداء شهدا ولا يعرف أفى موطن واحد أو فى موطنين .

قال : { وإن شهد شاهدان على ألف من ثمن ثوب هروى وآخران على ألف من ثمن ثوب مروى فى موطن آخر فهو مالان } . فهذا قولهم جميعاً لأنهما قد بينا أنه عنى به المالين جميعاً ، فلا يكون لنا أن نجعلهما مالا واحداً .

قال : ثم ذكر بعد هذا وقال : { إن شهد شاهدان على ألف فى موطن وشهد آخران على خمسمائة فى موطن آخر ، وآخران على ألف وخمسمائة فى موطن آخر فهذه أموال يؤخذ بها كلها } .

قال[٢] الشيخ : روايته لهذه المسائل من غير ذكر الخلاف ، وقال : جملة الأمر فى هذا الباب أن عند أبى حنيفة يؤخذ المطلوب فى كل إقرار بما أقر به، وإن أقر بمالين يؤخذ بمالين وإن أقر بثلاثة يؤخذ بثلاثة سواء كان ذلك فى موطن واحد أو فى موطنين ، أو كان الإقرار عند القاضى أو عند الشهود ، أو فى صك أو فى غير صك ، وذلك لأن محمدا قد ذكر عنه فى الإقرار [٣]إذا كان فى موطن يكون مالا واحدا ، وإذا كان فى موطنين مالين . ثم ذكر فى غير الإقرار[٣] فقال : الموطن الواحد والمواطن سواء عند أبى حنيفة ويلزمه المالان . وقد بينا وجهة قوله فيما تقدم . وعند محمد وهو قول أبى يوسف أن ذلك مال واحد سواء كان فى موطن أو فى موطنين فى صك كان أو فى غير صك ، عند القاضى أو عند غيره ، إلا أن يكون فى اللفظ أو فى الحال دلالة على أنه أراد به مالا آخر، فيكون مالين . ثم سئل الشيخ ماقال الخصاف فى الشهادة، كيف قولهم فيها ، فقال :الشهادة مثل هذا ، أبو حنيفة يجعله مالين ، وأبو يوسف ومحمد يجعلانه مالا واحداً ، مالم تظهر الدلالة على غير ذلك . وأنكر ما قاله الخصاف أنه إذا كان الشهود على المال الآخر غير الشهود على المال الأول فهو مال واحد ، وإن كان الشهود على المال الأول فهو مالان . فقال//[ل١٩١ب] الشيخ :لو قال على القلب كان أقرب، لأن الإنسان إذا أشهد قوماً على نفسه بمال

---

(٢) ف : وأنكر .　　(٣) ساقط من ل .

للإنسان لا يشهدهم على نفسه مرة أخرى فى ذلك المال ، وإنما يشهدهم على مال آخر . وعندهم يجوز أن يشهدهم على المال الذى أشهد الأولين [٤] عليه ، وكان ينبغى أن يكون الشهود إذا كانوا واحدة على //[ف ١٦٢ أ] المالين جميعاً أن يكون مالين[٤] ، وإن كانا فريقين يكون مالا واحداً . فلا أدرى من أين يكون له هذه التفصيلات من غير تحصيل معنى .

689 قال الخصاف : { ولو أن رجلا جاء بشاهدين على صك بألف وجاء المطلوب بشاهدين على البراءة من ألف ، وليس فى واحد منهما تاريخ ولا يُعلم أى الصكين أول فإن البراءة فى هذا كله أولى ، إلا أن يكون تاريخ الصك بعد تاريخ البراءة ، فيكون المال المتأخر [١] عن البراءة لازما للمطلوب ، وهذان مالان : الذى كتب منه البراءة غير المال الذى[١] بعد البراءة } .

وهذا دليل وحجة على أن المالين فى موطنين يلزمان جميعاً . قال : ألا ترى أن الطالب لو قال : قد استوفيت المال الأول وبقى هذا الآخر إنما يلزم المطلوبَ المالُ الآخر ؟ أرأيت [٢] لو أن [٢] رجلا له على رجل صكان ، كل صك بألف درهم ، فى كل صك شهود وتاريخ ، والصكان يختلفان[٣] ، وعند المطلوب براءة بألف فى صك وبراءة بخمسمائة فى صك آخر ، فقال المطلوب : إنما ماله ألف درهم وقد أخذ منى ألف وخمسمائة ، وقال الطالب : مالى ألفان ولم أقبض شيئاً ، فإن المطلوب يبرأ من ألف وخمسمائة ويُؤخذ بخمسمائة تمام الألفين } ؟

قال : { ألا ترى أن البراءتين لو كانتا كل[٤] واحدة بألف كان المطلوب يبرأ من المال كله } ؟

---

(٤) ساقط من ل .

689 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ف .

(٣) فى الأصل : تختلف .

(٤) ساقط من ل .

قال : { ولو كان الطالب قال : إنما مالى ألف[*] درهم } — يعنى فى هذه المسئلة ، مسئلة البراءة من ألف وخمسمائة — { وإنما قبضت منك ألف ، وقال المطلوب : قبضتَ ألفين ومالك ألف ، فإن المطلوب يرجع على الطالب بألف } ، لأنه قبض الألفين وإن أقرّ أن ماله ألف . هذا إذا كان براءة قبض فهو كما قال ، وإذا كان البراءة بغير قبض فلا يلزمه شيء ، لأنه ليس عليه كتاب بقبض شيء ولا أقر به أيضاً . ثم قال : أرأيت رجلا أشهد على نفسه لرجل بكر حنطة // [ل ١٩٢ أ] وعشرة دنانير وعشرة دراهم فى صك ، ثم أشهد فى صك آخر بكرّ حنطة وعشرين ديناراً أو عشرين درهما ، أو كرّ شعير ، أما يؤخذ بالصكين جميعاً ؟ وهذا يؤخذ بهما جميعاً } .

690 قال : { وكذلك البراءة ، إذا كان لرجل على آخر ألف درهم ، فجاء ببراءات فى كل يوم براءة من مائة ، والشهود على كل براءة غير الشهود على البراءة الأخرى ، ومعه تسع براءات ، وقال الطالب : ما قبضت منه إلا مائة درهم ، ما يبرأ المطلوب إلا من مائة } — يعنى إذا لم يكن قبض شيئا غير ما ذكر فى البراءات . وأما إذا أقر بقبض مائة فلا يرجع عليه بشيء لأنه قد جاء بتسع براءات كل واحدة بمائة ، فذلك تسع مائة ، وقد قبض مائة فذلك ألف .

691 قال : وكذلك مكاتب عليه من مكاتبته نجوم[1] فجاء ببراءة وليس فيها تاريخ ، وقد أشهد على البراءات فى مواطن مختلفة شهودا مختلفين ، فهذا يحسب له كله } . هذا جملة ما ذكر الخصاف فى هذا الجنس . ومسائل البراءة صحيحة على ما قال وهى شاهدة لأبى حنيفة على مَن خالفه فى الأخذ بكل ما أقر به من عدد الأموال ، كما يحكم بالبراءة ، ولا تجُعَل براءة واحدة . ومعلوم

(*) ساقط من ف .

691 (١) أى أوقات أداء متتابعة .

أن البراءة لا تكون إلا من مال . فإذا كانت البراءات //[ف ١٦٢ ب] الكثيرة توجب الحكم بكل براءة فالأموال الكثيرة مثلها . والذى قال فى موطن أو موطنين فى البراءة فهو عند أبى حنيفة سواء كما قال فى الأموال . والذى قال إن المال والبراءة إذا اجتمعا ولا يُعلم أيهما أول فإن البراءة أولى[٢] من قِبل أن لفظ البراءة يقتضى براءة المبرأ من كل حق للطالب عليه . لولاه ما كان ذلك براءة . فإذا برىء بنفس البراءة من كل حق للطالب قِبله ، فبعد ذلك إذا ادعى عليه الطالب حقاً لا يصدقه حتى يتبين التاريخ أن هذا المال لزمه بعد البراءة ، إذ قد وقع البراءة من كل حق كان له عليه فى حال وقوع البراءة . وقد خلط الخصاف فى هذا الباب خاصة فى مسائل الإقرار بالمال والشهادة عليه . والذى يتحصل من جملة ما ذكره فى هذه //[ل ١٩٢ ب] المسائل أن الإقرار إذا كان فى صك ، عند الشهود كان أو عند القاضى ، سواء كان ذلك فى مجلس أو فى مجلسين ، فإنه مال واحد . وإذا كان ذلك فى الصكاك فى مواطن مختلفة بشهود مختلفين فهو أموال . وإذا كان الموطن واحدا فهو مال واحد . وقال فى الشهادة : إذا لم يكن فيها ذكر إقرار المطلوب مثل الصكاك إنه يحكم عليه بكل شهادة شهود بمال إذا كان ذلك فى مواطن مختلفة . وقال فى البراءة مثل هذا : إذا كانت مختلفة المواطن والتواريخ لحكم بها كلها كما قال فى الأموال فى الصكاك . وذكر الشيخ ما قدمنا وبالله التوفيق .

692 قال : { ولو أن رجلا أقرّ فقال : أنا قتلت عبداً لفلان ، أو قال ابنا لفلان ، وسماه ، أو لم يسمه ، ثم أقر بمثل ذلك مرة أخرى ، فقال الطالب : قتل لى عبدين ، أو ابنين . فهذا إنما أقر بقتل عبد واحد وابن واحد ، إلا أن يكون المطلوب قد سمى اسمين مختلفين } .

---

(٢) مزيد فى الأصل هنا : صحيح .

قال الشيخ : هذا لا خلاف بينهم فيه ، فلا فرق بين الموطن والموطنين ، ما لم يظهر منه ما يدل على القتيلين . قال الشيخ : لأن هذا ليس مما يثبت في الذمة ، لأن الجناية إنما تثبت في الرقبة ولا تثبت في الذمة . فإذا كان كذلك لا يجوز أن يثبت في رقبته جنايات كثيرة . فقلتُ في الذى يمنع ثبوته إذ قد اعترف بذلك ؟ وما الفرق بين ما يثبت في الذمة وبين ما يثبت في الرقبة فقال : هذا الذى عندى وهو موضع مشكل يحتاج إلى الفرق بينهما .

693 باب الخصومة بين أهل الذمة

ذكر في أول الباب أحاديث مسندة ومقطوعة في الحكم بين المسلمين وبين أهل الذمة ، وأن النبي عليه السلام رجم يهوديين[1] . والكلام في هذه المسئلة قد مر في كتاب النكاح . والذى نقصده في هذا الموضع شرح وبيان ما لم يذكر في كتاب النكاح وغيره من الأصول . // [ل ١٩٣ أ]

قال الخصاف : { وإذا اختصم أهل الذمة وتحاكموا إلى قاض من قضاة المسلمين فينبغي أن يحكم بينهم . فإن كانت خصومتهم في مواريث حكم بينهم بأحكام المسلمين وألزمهم ذلك ، وأنفذه عليهم . وكذلك أشريتهم وبياعاتهم إلا بيع الخمر // [ف ١٦٣ أ] والخنازير فإنه لا يجوز ذلك بينهم } .

قال الشيخ أيده الله : أما الأشرية والبياعات فهما محمولين على أحكام المسلمين إلا في الخمر والخنازير . والأصل فيه ما روى « أن النبي عليه السلام كتب إلى أهل نجران وكانوا نصارى : أما أن يردوا الربا وإما أن يأذنوا بحرب من الله ورسوله »[2] . فمنعهم من الربا كما منع أهل الإسلام . فهذا

---

693 (١) أنظر صحيح مسلم ، حدود ، ٢٧

(٢) هذا الحديث لم يرد في ونسنك ، ولا يذكره ابن سعد في جملة ما ذكره عن وفد نجران .

الأصل فى هذا الباب . وقسنا عليه كل ما يتعلق بحكم البياعات والأشربة والإجارات ونحوها . فأما الخنازير والخمر فالأصل فيه مصالحة عمر بن الخطاب رضى الله عنه بمحضر من الصحابة (٣ من غير نكير٣) على أنهم يخلّفون والتصرف فيها . وقال حين نصب العَشّار وَلُّوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها — يعنى من الخمر — ولا خلاف بين الناس فى هذا اليوم فصار أصلا فى هذا .

694 قال : { وأما المناكحات فهم يُخلّون وأحكامهم ما لم يرتفعوا إلينا عند أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف هم محمولون على أحكامنا } . ففرق أبو حنيفة ومحمد بين الأشربة والمناكحات . والذى يوجب الفرق بينهما عندهما ما لم يرتفعوا إلينا اتفاق الجميع على أن النكاح بينهم جائز بغير شهود ، وليس لأحد أن يعترض عليه بالفسخ ، وإن لم يجز بين المسلمين . فثبت بالاتفاق أن حكم المناكحات مفارق لحكم البياعات ، إذ قد ثبت فى البياعات بما ذكرنا أنهم محمولون على أحكامنا ، وثبت بالاتفاق ها هنا فى المناكحات أنهم غير محمولين على أحكامنا فى النكاح بغير شهود . وأما أبو يوسف فإنه قال فى النكاح بغير شهود أنه لا يعترض عليه بالفسخ لأن المسلمين قد // [ل ١٩٣ ب] اختلفوا فى كون الشهادة شرطاً فى العقد أم لا . فجاز نكاحهم مع عدم الشهادة . والباقى من أحكام النكاح فهم محمولون على أحكامنا . وهذا الذى ذكرنا قبل أن يرتفعوا إلينا . فأما إذا ارتفعوا إلينا فى النكاح فإنهم محمولون على أحكامنا عند أصحابنا جميعاً ما خلا النكاح بغير شهود ، والنكاح فى عدة من زوج مسلم أو ذمى فإن أبا حنيفة قال : لا أفسخ النكاح عليهما فى الوجهين جميعاً (١وقال زفر : أفسخ النكاح فى الوجهين جميعاً ١) . وقال محمد : أفسخ النكاح فى العدة ،

---

(٣) ساقط من ف .

694 (١) ساقط من ل .

ولا أفسخ بغير شهود . وأما في البياعات فالأمر على ما بينا قبل أن يرتفعا إلينا . وإنما كان حملهم على أحكامنا واجباً عند ارتفاعهم إلينا ما خلا النكاح(٢) ما ذكرنا من الاختلاف . ولم يكن [لنا](٣) حملهم على أحكامنا قبل ذلك لأن الله تعالى قال ﴿ فإنْ جاءُوكَ فاحكمْ بينهُم أوْ أعرِضْ عنهُمْ ﴾(٤) . فشرط المجيء إلينا ، فلا يجوز له أن يعترض عليهم قبل ذلك . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى قوله تعالى ﴿ وأنِ احكمْ بينَهم بما أنزلَ اللهُ ولا تتَّبعْ أهواءَهمْ ﴾(٥) ، وقال : لم يشرط ها هنا المجيء فينبغي أن يحملهم على أحكامنا قبل المجيء بهذه الآية ، وبعد المجيء بتلك الآية . وهذا ليس كذلك عندنا ، لأنه قد روى في التفسير أن قوله تعالى ﴿ وإن جاؤوك ﴾ نزلت بعد قوله ﴿ وأن احكم بينهم ﴾ وإن كانت مقدمة في التلاوة . وإذا كان كذلك صار المجيء شرطاً في حملهم على أحكامنا // [ف ١٦٣ ب] وصار كأنه قال : فإن جاؤوك فاحكم بينهم بما أنزل الله . وقد استقصينا هذه المسئلة في مسائل الخلاف . وأما إذا ارتفع أحد الخصمين فإن أبا حنيفة قال : لا أحكم بينهما . وقال محمد : أحكم بينهما . وهو قول زُفر ، ذكره الخصاف . أبو حنيفة مرّ(٦) على ظاهر(٧) الكتاب لأنه قال ﴿ فإن جاؤوك فاحكم بينهم ﴾ ، ومحمد وزفر قالا : لمّا جاء هذا لزم القاضي أن يحكم له بحكم الإسلام لأنه لا يجوز إبطال حقه لامتناع الآخر . هذا جملة ما يُحتاج إليه في هذا الموضع .

695 قال الخصاف : [ولو أن ذمّيا تزوج ذمية في دار الإسلام بغير // [ل ١٩٤ أ] شهود أو بغير مهر ، أو في عدة من ذميّ كان النكاح جائزاً في قول أبي حنيفة . وإن أسلما كانا على النكاح . وإن خاصمت المرأة زوجها في ذلك

(٢) ساقط من ف . (٣) في الأصل : منا .
(٤) سورة المائدة ، ٥ : ٤٢ (٥) سورة المائدة ، ٥ : ٤٢
(٦) كذا في ل . وفي ف ، ج : من . (٧) ساقط من ل .

إلى القاضى أقرّهما على النكاح ولم يفرّق بينهما { . وهذا بيّن على ما ذكرنا إلا أنّا لم نذكر وجه قوله فى جواز النكاح مع كونها معتدة . (١)والبينة فى ذلك أن النكاح ليس من شرط صحته خلوّه من العدة بدلالة أن المرأة(١) إذا كانت تحت زوج فوطئت بشبهة لم يبطل نكاحها لوجوب العدّة عليها . فثبت أن خلو المرأة من العدة ليس شرطاً فى بقاء النكاح . وكذلك ها هنا ، فلا يجوز أن يُفسخ العقد الذى وقع فى حال الكفر لكونها معتدة فى حال العقد إذ العقد كان جائزاً بينهم مع العدة فى حال التزويج . فلو أبطلناه أبطلناه لأجل العدة ، فلا يجوز أن نبطله . وكذلك النكاح بغير شهود لهذه العلة .

قال : { وقال زُفر : إذا تزوجها وهى فى عدة ، أو تزوجها بغير بينة فإن أسلما فرّقتُ بينهما ، وما داما(٢) على دينهما لم أعترض لهما ، إلا أن يستعدى أحدهما على صاحبه ، فأفرق بينهما { . وقد قلنا مذهب محمد فى التعريف إذا جاء أحدهما . أما النكاح بغير شهود فعند زفر لا يجوز بقاؤها عليه . ومر على القياس من حملهما على أحكام المسلمين إذا ارتفعوا إلينا . وقد بينا وجه قوله(٣) وقول غيره فيما تقدم .

قال : { وإن تزوّجها بغير مهر جعلت لها مهر مثلها . وكذلك الحربية يعنى فى قول زفر . وأما قول سائر أصحابنا فإن الحربية لا مهر لها إذا رضيت به . وأما الذمية فعلى الخلاف : فى قول أبى حنيفة لا مهر لها ، وفى قول أبى يوسف ومحمد لها مهر المثل { . أما زفر فإنه مر على القياس وسوّى بينهما فى وجوب المهر ، لأن المهر من حق الله تعالى ، وهم مأخوذون بحقوق الله تعالى . إلا أنا لا نعترض عليهم فى شىء ما لم يسلموا أو يتراضوا بأحكامنا . فإذا تراضوا أو أسلموا تجرى عليهم أحكامنا . فتوجب لهم جميعاً مهر المثل . فأما أبو حنيفة //

---

695 (١) ساقط من ل . (٢) ف : كانا .

(٣) ساقط من ف .

[ل ١٩٤ ب] فسوّى بينهما فى إسقاط المهر لأنهم غير مؤاخذين فى حقوق الله تعالى إلا بعد الإسلام . وإذا كان كذلك فالعقد وقع فيما بينهما صحيحاً . وبقاء المهر ليس شرطاً فى صحة النكاح ، إنما هو شرط فى انعقاد النكاح بدلالة نكاح المسلمين إذا وقع على تسمية المهر ثم أبرأت الزوج [منه][٤] كان العقد باقياً على الصحة . فبان لك أن صحة النكاح ليس من شرط صحة بقائه بقاء المهر ، وإنما احتيج ذلك المهر // [ف ١٦٤ أ] لانعقاد النكاح ، والنكاح قد انعقد فيما بينهما إذا كانا غير مؤاخذين بحقوق الله تعالى . فإذا أسلما لم يجب لواحد منهما المهر ، مثل المسلمة إذا أبرأت الزوج من المهر . وأما أبو يوسف ومحمد فأوجبا للذمية مهر المثل لأن لها حكم من أحكام الإسلام ، إذ أهل [الذمة][٥] محمولون على أحكامنا فى سائر العقود ، فلذلك يجعل لها مهر المثل ، والحربية ليس لها حكم فى دار الإسلام فلا يجب لها شيء .

696 قال : { ولو أن نصرانياً أربى ، لم يجز ذلك ورُدّ رباه } . وقد بينا ذلك فيما تقدّم .

قال الشيخ أيده الله فى الفرق بين البياعات [١] والأشربة وبين النكاح أن الله تعالى قال ﴿ فإن جاؤوك فاحكم بينهم ﴾ ، فظاهر هذا أوجب ترك الاعتراض لهم فيما يتصرفون فيه . إلا أن الآية قد دلت على وجوب حملهم على أحكامنا في البياعات[١] ، وهو ما كتب النبىّ عليه السلام إلى نصارى نجران « إما الربا وإما أن تأذنوا بحرب من الله ورسوله » . فخصصنا البياعات والأشربة ونحوها من جملة الظاهر ، وحصل الظاهر فى المناكحات .

697 قال : { وكذلك لو طلق امرأته ثلاثاً ثم أقام عليها ، ثم خاصمته ، لم يتركا على ذلك } .

---

(٤) فى الأصل : منها . (٥) فى الأصل : الذمية .

696 (١) ساقط من ل .

قال الشيخ : وكذلك لو لم يرتفع إلينا أحدهما إلا أنا نقف على القصة فإنا نفرق بينهما لأن هذا زناء ، إذ ليس بينهما نكاح صحيح ولا فاسد ، فإن تزوجها بعد الثلاثة قبل أن تتزوج زوجاً غيره لم نعترض لهما بالفرقة ما لم يرتفعوا إلينا ، لأن هذا عقد نكاح وإن كان فاسداً .

698 قال : { ولو أن ذمياً زنى ضُرب الحدّ } ، وذلك لقوله // [ل ١٩٥ أ] تعالى ﴿ الزَّانِيَةُ والزَّانِي فاجْلِدُوا كُلَّ واحِدٍ مِنْهُما مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾(١) ولم تفرّق بين الكافر وبين المسلم . وأيضاً فإن النبيّ عليه السلام رجم يهوديين ، وكان ذلك حد الزانيين فرجمهما بحكم التوراة ، وهو أول حد أقامه عليهم بدلالة قوله عليه السلام أنه قال « أنا أول من أحيي سُنة أماتوها »(٢) . فلو كان قد تقدم إقامة الحد قبل ذلك لم يكن ذلك أول سنة أحياها . وإذا كان ذلك أول حد أقامه ثبت وجوب إقامة حد الزنا لأن ذلك كان حد الزانيَين . ثم شرط فى الرجم الإحصان . فلا يجوز أن يُرجم غير المحصن . والكافر ليس بمحصن ، فلم يجب الإحصان [ووجه](٣) إقامة الحد عليه واجب أن شرط الإحصان فى الرجم لا يسقط الاستدلال بالخبر فى وجوب إقامة الحد ، إذا طرأ وجب إقامة الحد على كل زان . وظاهره يوجب الرجم على المحصن وغير المحصن . ويكون حد الزانى لأن الدلالة قد دلت فى وجوب الرجم أن الإحصان من شرائطه ، فشرطنا فى الرجم وبقى حكم الحد فى غير المحصن . والحد هو مائة جلدة فى المحصنين ، فينبغى أن يقام عليه حد الزنا مائة سوط .

699 قال : { وكذلك حد السارق يقام عليهم كما يقام على المسلمين } ، وذلك

---

698 (١) سورة النور ، ٢٤ : ٢

(٢) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٤ ، ص ٣٠٠ .

(٣) فى ل ، ج : ووجه . وفى ف : ووجود .

لقوله تعالى : ﴿ والسارقُ والسارقةُ فاقطعُوا أيديَهُما ﴾[1] وهذا عام فى جميع الناس ما لم يخصه دليل .

قال : { وأما السكر فإن أصحابه لايرون فى ذلك شيئاً ما خلا //[ف١٦٤ ب] الحسن بن زياد فإنه قال : إذا سكر الذمى من الخمر ضربته الحد } . قال : { وليس هذا قول الحسن } ، وذلك أنهم غير ممنوعين من شرب الخمر مع علمهم بحصول السكر ، فلا يجوز أن يلزمهم الحد[2] كما لا يجوز أن يقيم الحد على شارب اللبن إذا سكر وشارب البنج والدواء إذا سكر . قيل : فالشارب للنبيذ ؟ قال : ذاك ممنوع من الشرب الذى يسكر منه لأنه ليس علينا أن نعترض عليهم بالمنع //[ل ١٩٥ب] بالشرب وإن علمنا سكرهم .

700 قال[1] : { وأما حد القذف فإنه يقام عليهم إذا قذفوا محصناً } لأن هذا حق بنى آدم . ألا ترى أن المقذوف له البراءة منه ؟ فإذا كان كذلك أخذوا به . وأما إذا قذف بعضهم بعضاً فإن الإمام يؤدبهم على ذلك كما يؤدب المسلم إذا قذف غير محصن .

701 باب القسمة وما ينبغى للقاضى أن يعمل فى قُسّامه وقسمتهم

قال : { حدثنا أبو سليمان عن محمد عن أبى يوسف عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزّار عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أن عبدالله ابن يحيى كان يقسم لعلى بن أبى طالب الدور والأرضين ويأخذ على ذلك أجراً } . فهذا أصل فى هذا الكتاب لأنه كان عقداً من إمام من أئمة المسلمين من غير

---

699 (١) سورة المائدة ، ٥ : ٣٨ . (٢) ساقط من ل .
700 (١) ساقط من ف .

خلاف فى وقته عليه ، فصار حجة لقوله عليه السلام « ويعقد عليهم أولهم »[١] ، ولقوله عليه السلام « عليكم بسنّتى وسنّة الخلفاء الراشدين من بعدى »[٢]. وأيضاً فإن القسمة عند القاضى بمنزلة الحكم ، بدلالة أن القاضى يجبر الممتنع منها عليها إذا أراد شريكه ذلك ، فصار كالحكم الذى يلزم المطلوب ، وإن أبى ذلك . فإن كان كذلك وجب أن يكون للقسّام أيضاً أجر ، كما يكون للقاضى أجر على وجه الكفاية . فإذا صح هذا قلنا : { إن القاضى ينبغى أن يتخذ قساماً من أهل الثقة والأمانة ويجعل أجرتهم فى بيت المال . وإن لم يمكنه ذلك — يعنى أن يجعل له أجراً من بيت المال — فإنه يقول للذين يريدون القسمة : استأجروه . فيكونون هم الذين [يفعلون][٣] ذلك ، ويشارطونهم على عملهم } ، لأنه يُعمل لهم ، فهم أولى بذلك .

702 قال : { ولا ينبغى للقاضى أن يجبر الناس على أن يستأجروا قاسماً } .

قال الشيخ : لأن القاضى [أن][١] يمنع الناس من استئجار غير قاسمه .

قال : { فإذا اصطلحوا على قسمة غيره ولم يرتفعوا إلى القاضى //[ل١٩٦ أ] فذلك جائز عليهم كما تجوز سائر المصالحات } ، لأن هذا إنما يكون على وجه القضاء إذا ارتفعوا إلى القاضى فامتنع بعض الشركاء من القسمة فأجبره القاضى عليها . فأما إذا لم يرتفعوا إليه فهو صلح فيما بينهما ، لجاز على ما تراضوا عليه .

703 قال : { فإذا كان فيهم رجل غائب أو صغير لم تجز القسمة على الإصلاح بينهم } من قبل أن تصرفهم غير جائز على الصغير والغائب الكبير كما لا يجوز بيعهم وشراؤهم على الكبير والصغير . كذلك القسمة .

---

701 (١) لم يرد هذا الحديث فى ونسنك .
(٢) أنظر سنن الترمذى ، علم ، ١٦ .
(٣) فى الأصل : يكون .
702 (١) فى الأصل : إذا .

قال : { إلا أن يكون القاضي يأمر بقسمتها ، فيجوز ذلك على الصغير والغائب ///[ف١٦٥ أ] جميعاً } .

قال أيده الله : وهذا على وجهين : إن ادعوا أن ذلك الشيء الذى أرادوا قسمته ورثوه عن الميت نظر القاضي فيه ، فإن كان(١) غير العقار قسمه بينهم بإقرار وينصب للصغير وصياً وللغائب خصما عنه حتى يأخذان نصيبهما إذا كان الشيء في أيدى الحاضرين . وهذا قولهم جميعاً . وإذا كان الشيء عقاراً فإن أبا حنيفة لا يرى قسمته حتى يقيموا البينة على موت الميت وميراثهم عنه . وعند أبي يوسف ومحمد يقسم بينهما على ما قلنا في الفصل الأول . فإن أقاموا البينة قسم بينهم (٢جميع المال على ما قلنا في غير العقار . وأما إذا كان الشيء في يدى الغائب لم يقسم بينهم٢) في قولهم جميعا . وكذلك لو كان الحاضر رجلا واحداً لم يقسم بينهم في قولهم ، عقاراً أو غيره وكذلك لو كان نصيب الغائب في يدى رجل وديعة لم يقسم ، عندهم جميعاً . وكذلك لو أن الشيء كان في يدى الغائب لم يقسمه ، وأما إذا كان من غير جهة الميراث فإنه يقسم بينهم بإقرارهم العقار وغيره ، عندهم جميعا حضورا كبارا ، وإن كان فيهم صغير نصب له وصياً ويقسم معهم أيضا . وإن كان فيهم غائب لم يقسم بينهم في قولهم جميعاً ، سواء كان ذلك بإقرار أو بينة .

أما مسئلة الميراث فهي متشعبة . فأحد وجوهها أن يكون الشيء في أيديهم، وكلهم حضور كبار . فإن العقار لا يقسم عند أبي//[ل١٩٦ب] حنيفة بإقرارهم، وغيرها تقسم . وعند أبي يوسف ومحمد تقسم جميعاً . والثاني أن يقيموا البينة على كونه ميراثا عن الميت والشيء في أيديهم أيضا ، فإنه يقسم عندهم جميعا. والثالث أن يكون معهم غائب [أو صبي](٣) والشيء في أيديهم ، فإنه ينصب

703 (١) مزيد في ل هنا : صغيرا .　　(٢) ساقط من ل .
(٣) في الأصل : لوصي .

للغائب خصما وللصبي وصيا يقسم معهم على ما قلنا في المسئلتين من الخلاف عندهم ، وصار خصم الغائب والوصي كواحد منهم في أخذ النصيب للغائب ونصيب الصبي . والرابع أن يكون الشيء في يدي الغائب أو بعضه في يدي آخر مودَعة لم يقسم في قولهم جميعاً . والخامس أن يكون الذي حضر رجل واحد ، والغائب واحد أو اثنان ، فإن القاضي لا يقسم حتى يحضر الغائب . فهذه خمسة أوجه .

فأما الوجه الأول فإنما قال أبو حنيفة إن العقار لا يُقسم وغيرها تقسم بإقرارهم ، لأن القسمة حكم القاضي ، والتصرف من جهته في مال الغير ، وليس للقاضي أن يحكم على الغير ولا يتصرف في ماله بقولهم . فإذا كان كذلك كان القياس ألا يتصرف في العقار ولا في غيره ، إلا أن غير العقار إذا قسم يكون أحفظ لمال الميت ، لأن كل واحد منهم ما أخذه يكون مضمونا عليه ، ومتى ما ظهر دين على الميت أو سبب من الأسباب من جهة الوصية وغيرها يُتتبَّع أولئك بما أخذوه //[ف ١٦٥ب] ولو لم يقسم أدى ذلك إلى التلف والهلاك. فإذا كانت القسمة تكون أنفع للميت وأحفظ لماله قسم بينهم . وأما العقار فإنه محفوظ بنفسه فلا معنى للقسمة ، ولا يجوز للقاضي أن يقسمه ويتصرف في مال الميت بقولهم حتى يقيموا البينة على كونه ميراثاً بينهم . وهذا كما قالوا جميعاً في التصرف على الوارث الغائب أن له أن يبيع سوى العقار ، وليس له أن يبيع العقار . وليس كدعواهم الشيء من غير جهة الميراث لأنه ليس(٤) في ذلك تصرف على الغير ، وإنما هو تصرف عليهم ، فيقسم بينهم إذا أقروا جميعاً . وأما في قولهما فان العقار إذا قسم أيضاً أحفظ ، لأن كل واحد منهم يحفظه ويعمّره ، فله أن يقسم العقار بينهم كما يقسم غيره ، فيكون ذلك تصرفا عليهم دون الميت ، لأن حق//[ل ١٩٧أ] الميت باق كما كان . فاذا كان كذلك

---

(٤) في ج نقط . ساقط من ف ، ل .

جازت القسمة فى العقار وغيره . ويكتب القاضى فى السجل : إنى قسمت بينهم بإقرارهم ، كيلا يتوهم غيره أن القسمة وقعت ببينة ، فيكون حكما على الميت أيضاً .

وأما الوجه الثانى وهو إقامة البينة على كونه ميراثا فانه يقسم بينهم لأن للقاضى أن يحكم على الغير بالبينة ويتصرف فى مال الغير إذا ثبت أنه ملك له ، وقد أثبتوا ذلك بالبينة .

والثالث أن يكون معهم غائب أو صبى ، فحكم القسمة على ما بيّنا إلا أنه ينصب عنهما خصما يأخذ نصيبهما لأن للقاضى أن يتصرف على الوارث الغائب ، ويكون ذلك تصرفا على الميت دون الغائب فى الحقيقة ، لأن القاضى [ليس له أن](٥) يتصرف على الغائب إذا لم يكن المال من الميراث لأنه لا ولاية له عليه . وأما تصرفه على الميت لجائز ، فله أن ينصب عن الغائب خصما وعن الصبى وصيا لتقع القسمة عليه .

وأما الوجـــه الرابع وهو أن يكون الشىء فى يدى الغائب أو مودَعا ، أو بعض ذلك فى يدى المودع فانه لا يقسم بينهم ، لأنه فى ذلك إزالة يد الغائب . وليس للقاضى أن يزيل يد الغائب عن ما فى يده ، كما لا يجوز أن يحكم عليه ويزيل ملكه .

وأما الوجه الخامس فان القسمة لا تصح إلا بين اثنين . فاذا لم يكن هناك إلا رجل واحد لم يقسم لأن الغائب ليس بخصم فى الحال ، ولا يجوز أن ينصب عنه خصما حتى يقسمَ مع الحاضر ، لأنه يحتاج أن يثبت الحاضر أولا أنه خصم ، ولا يمكن للحاضر(٦) إثبات هذا إلا بحضور خصم غير القاضى .

---

(٥) لايستقيم المعنى بدون ما أثبتناه .

(٦) فى الأصل : الحاضر .

فلذلك لا ينصب القاضى عن الغائب خصما . وأما إذا كان الشىء من جهة الميراث وهم حضور جميعاً فإن القاضى إنما يقسم بينهم بإقرارهم ، لأنه حكم عليهم دون غيرهم ويجوز أن يحكم عليهم بذلك . وان كان فيهم صغير ينصب القاضى عنه وصياً لأن تصرف القاضى جائز على الوصى ، فجاز له أن ينصب له وصياً يخاصم عنه . وأما إذا كان معهم كبير غائب فلا تجوز القسمة لأن تصرفه على الغائب غير جائز ، كما لا يجوز الحكم عليه . وكذلك القسمة // [ل ١٩٧ ب] لأن // [ف ١٦٦ أ] القسمه فيها معنى الحكم .

704 مسـألة

{ وأجر القسّام على عدد الرؤوس دون الأنصباء عند أبى حنيفة ، وعند أبى يوسف ومحمد يكون الأجر على عدد الأنصباء } . لأبى حنيفة أن الأجر يستحق بدلا من العمل ، والعمل وقع على وجه واحد لهم جميعاً على التساوى، لأنه يحتاج أن يميز النصيب اليسير من الكبير كما يحتاج إلى تمييز الكثير من اليسير ، فلا يقع العمل لأحدهم أكثر مما يقع للآخر . فينبغى أن يتساووا جميعا فيما يلزمهم من الأجر . ألا ترى أن كرّ(١) حنطة لرجل وكر شعير لرجل آخر لو اختلطا فاستأجرا رجلا ليميز الحنطة من الشعير ، أن الأجر عليهما جميعاً على التساوى وإن كانت قيمة الحنطة أكثر . كذلك ماذكرنا مثله لتساويهما فيما يقع لهما من العمل . وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما ذهبا إلى أنا لو جعلنا الأجر على التساوى لجاز أن الفضل(٢) للأجر على النصيب ، فيلزم صاحب اليسير من الأجر أكثر مما يصيبه بالقسمة . وهذا ليس بشىء لأن رجلا لو استأجر رجلا أن ينقل له طيناً تساوى درهما بدرهمين كان جائزاً لأنه هو الذى استأجره . كذلك ما ذكرنا مثله .

---

704 (١) ل : لم .

(٢) أى الزيادة .

705 مسألة

{ وإن كانت دار فى يدى رجلين فطلبا القسمه وتراضيا ، وليس نصيب كل واحد منهما من ذلك ما ينتفع به ، فإن ذلك يُقسَم بينهما على تراضيهما } . وهذا لا يكون حكما منه لأن القاضى لا يقسم على الضرر بهم جميعاً ، كما لا يجوز أن يقسم لؤلؤة بينهم ، أو عبداً أو شاة بينهما فيجعله نصفين ويدفع إلى كل واحد منهما نصفه . كذلك هذا .

قال : { فإن طلب أحدهما وأبى الآخر لم يقسم بينهما } لما بينا فى أنه لا يجبرهما على القسمة على وجه الضرر ما لم يتراضيا ، فإذا تراضيا يكون قسمة فيما بينهما ولا يكون قسمه على وجه الحكم .

قال : { وإن كان الضر يدخل إلى أحدهما لأن نصيبه قليل والآخر نصيبه كثير ، فطلب صاحب النصيب الكثير القسمة وأبى الآخر ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : يقسم بينهما } من قِبل أن الضرر لا يلحقهما وإنما يلحق صاحب اليسير لتمييز حق الغير[1] من حقه ، وليس هذا فى الحقيقة ضرراً فى ملكه وإنما // [ل ١٩٨ أ] هو ضرر عليه فى هذه الحال ، لأنه قبل هذا كان ينتفع بنصيب صاحب الكثير ، فلصاحب الكثير أن يمنعه من الانتفاع بنصيبه بالقسمة .

706 فصل

قال : { ولا يقسم الثياب المختلفة بعضها فى بعض ، كما لا يقسم الحيوان بعضها فى بعض } . ألا ترى أن المسلمين قد اجتمعوا أنه لا يقسم العبيد مع الدواب ، ولا الإبل مع الغنم ، ولا الغنم مع البقر ، ولا البقر مع الإبل ، وإنما

705 (١) مزيد فى ل هنا : لأن قبل هذا .

يقسم كل صنف على حدة ؟ إذ حقيقة القسمة تمييز الحقوق ، فينبغى أن يميز كل واحد منهم من كل جلس ، ولا يجعل حق بعضهم فى جلس (١)و بعضهم // [ف ١٦٦ ب] فى جلس(١) آخر .

707 فصل

قال : { وأبو حنيفة لا يرى قسمة الرقيق { لأن التفاوت بين بنى آدم كثير ، أكثر من التفاوت بين الغنم والبقر ، فلما منع من ذلك منع من هذا . { وأبو يوسف ومحمد يريان القسمة لأنهم جلس واحد { .

قال الخصاف : وقال أبو حنيفة : لا أقسم اللؤلؤ والياقوت والجوهر لأن تفاوت ذلك كثير { .

وأنكر الشيخ هذه الرواية وقال : ينبغى أن يقسم لأن أهل المعرفة والخبرة يعرفون [قيمتها](١) فيقسم كل جلس على حدة كسائر الأموال .

708 { وقال أبو حنيفة فى الدور المختلفة : لا يقسم بعضها فى بعض ، ويقسم كل دار على حدة . وعند أبى يوسف ومحمد : يقسم على ما هو أفضل لأرباب الدور ، فإن كان الجمع أنفع جمع ، وإن كان التفرقة أنفع فرّق على على ما يرى الصواب { . وذلك أن الدور كالثياب المختلفة والدواب المختلفة . ألا ترى أن رجلا لو قال لامرأة : قد تزوجتك على دار ، لم يكن هذا تسمية ، كما لا يكون دابة من الدواب ، ولا ثوبا من الثياب تسمية ؟ كذلك هذا . على أن الدور تختلف كما تختلف الثياب والدواب ، فلا يجوز عند أبى حنيفة أن يقسم بعضها فى بعض ، كما لا يجوز قسمة الثياب المختلفة بعضها فى بعض ، وكذلك الدواب .

---

706 (١) ساقط من ل .

707 فى الأصل : قيمتهم .

709 قال { وقال أبو حنيفة : يقسم الأرض والثياب ويُفضّل بدراهم ، وينظر إلى صاحب الأوكس — أعنى الذى موضع نصيبه // [ل ١٩٨ ب] خسيس أقل قيمة من الآخر ، فيزيد صاحب النصيب الجيد على هذا دراهم حتى تساويه . وهو قول ابن أبى ليلى } . وتفسير هذا عندى أن يكون جريب أرض قيمته ألف وليس عليها بناء ، (١)وجريب آخر قيمته ألف وخمس مائة وعليها بناء ، فإنْ قَسَما الآن على أن يكون لأحدهما(١) الأرض المبنية وللآخر البيضاء ، وقد قُومت البيضاء وهى ألف ، والأخرى ألف وخمس مائة وجب أن يدخل فى القسمة مأتان وخمسون درهما ويُضمّ مع الأرض ، ثم يقرع بينهما . فمن أصاب الأرض البيضاء يأخذها ويأخذ مأتين وخمسين درهما من صاحبه ، فيكون لكل واحد منهما ما قيمته ألف ومأتان وخمسون درهما . وإن اقتسما على أن يكون لكل واحد منهما (٢) من البناء والأرض جميعاً يجعل مقدّم البناء فى نصيب ومؤخره فى نصيب ، ثمّ يُقَوّم كل واحد منهما(٢) ، فما هو أقل قيمة يضمّ إليه الدراهم على ما بينا . وإن شاء اقتسما على فضل الذراع ، إن كان قيمة المؤخر أقلّ ، فيُزاد فيه عدد الذراع . وإن اقتسما على أن البناء لأحدهما والأرض لآخر فمثل هذا يُقدّم البناء بغير أرض ، وتقوم الأرضين بغير بناء ، ثم يضم إلى الناقص مقدار نصف مافضل عليه . فإن كان الفضل أربع مائة ضُم إلى الناقص مأتا درهم إن كان الأرضون بينهما نصفين .

وقال أبو يوسف : بل أقوّم الدار // [ف ١٦٧ أ] والبناء دراهم ثم أقسم الدراهم على الميراث ، وذلك مثل أن يكون دار بين رجلين [   ](٣) .

710 قال : { ولا أقسم شيئاً من الدور والأرضين والعقار حتى يُصوّر

---

709 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .

(٣) بياض فى كل من ف ، ل ، ج .

ذلك ويُعرف ما جوارها ، ما كان من ذلك شارعاً على الطريق أو إلى دار أو إلى بيت[1] . ثم يميز ذلك حتى لا يكون لأحد على أحد طريق ولا مسيل ماء . [و]يسوى ذلك على السهام [التى][2] يريد أن يقسم عليها . فإذا قطعها على ذلك على أنه مَن خرج سهمه أولا كان له موضع كذا والثانى يلى ذلك إلى موضع كذا ، وكذلك كل سهم يلى الآخر . فإذا علم أنه ليس يدخل عليهم فى ذلك ضرر وأن طرقهم ومسيل مياههم ومرافقهم مستوية أتى للقاضى بالصورة فوضعها القاضى بين يديه ، وكتب رقاعاً باسم [كل] رجل وامرأة منهم ، وجعل كل رقعة منها فى طين وبندقة وقال لهم : من خرج سهمه أول ، فله موضع كذا إلى موضع كذا ، ثم الثانى يلى ذلك إلى موضع كذا ، ثم الثالث يليه حتى يفرغ من السهام . ثم يطرح البنادق تحت شىء ، ثم يُدخل // [ل١٩٩أ] يده ، فيُخرج واحدة ، فينظر لمن هى ، فهى السهم الأول . وكذلك الثانى حتى يفرغ ثم يكتب القاضى كتاب القسمة على نسختين ، نسخة تكون معهم ، ونسخة تكون فى ديوان القاضى . ويكتب فى السجل أنه قسمها ببينة إن كانت قامت عنده بينة ، أو بإقرار إن كانوا أقروا بذلك . وتفسير الأمر فيه على وجهه { .

711 باب دعوى بعض الورثة الغلط فى القسمة

قال أبو بكر الخصاف : { وإذا قسمت الدار أو الأرض بين الورثة ، وأنكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه ، فشهد عليه[1] قاسما القاضى اللذان تولّيا القسمة بينهم أنه قد استوفى نصيبه ، فشهادتهما جائزة عليه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد { .

قال شيخنا أيده الله : هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، [2]وقال محمد[2] :

---

710 (١) ف : ثبوث ولعلها بيوت (٢) ل ف الأصل : الذى .

711 (١) ساقط من ل . (٢) ف : وعند محمد .

شهادة القاسم وإن كانت على فعل نفسه فإن هذا الفعل من جهة الحكم فلا يمنع قبوله كما لا يمنع فعل[٣] الحاكم فى الحكم قبول قوله فيما يقضى . كذلك شهادة القاسم تجوز وإن كانت على فعلهما[٤] كان واقعاً على وجه الحكم . فقلتُ للشيخ[٥] : وإذا كان كذلك فلِم لا يُقبَل قول قاسم واحد كما يقبل قول القاضى وحده ؟ فقال : أنا لم أقل أن القاسم قاضٍ حتى يلزمنى هذا ، وإنما قلت إن فعله من جهة الحكم فلا يمنع قبول قوله على فعله من جهة الشهادة . وأما محمد فإنه مر على القياس وقال : هذه الشهادة على فعل نفسه ، والشهادة للإنسان غير جائزة على فعل نفسه .

712 مسـألة

قال[١] : { وإذا ادعى رجل منهم غلطاً فى القسمة ، فقال لشريكه : أصابك ألف ذراع // [ف ١٦٧ ب] [٢]وأصابنى ألف ذراع[٢] ، فصار فى يدك ألف ذراع ومائة ، وصار فى يدى تسعمائة . فإذا ادعى // [ل ١٩٩ ب] شيئا مما فى يد شريكه أو طائفة [منهم][٣] ، وقال الآخر : هذا حقى ، لم يصدَّق المدعى على ذلك ولا تعاد القسمة } .

قال الشيخ : هذا على أن المدعى أقر بقبض نصيبه وأنه حصل بعد ذلك مائة ذراع من نصيبه فى يد صاحبه ، فلا يصدق على هذا لأنه يدعى فسخ القسمة بعد صحتها . فأما إذا لم يقر بهذا وادعى أنه لم يقبض إلا تسعمائة ذراع ، وأقر الآخر أن فى يده ألف ذراع فإنهما يتحالفان ويترادّان القسمة .

---

(٣) ل : بعد .
(٤) ل : فعلها .
(٥) ساقط من ل .

712 (١) ساقط من ل .
(٢) ساقط من ل .
(٣) ساقط من ف . وفى ل ، ع : منه .

713 فصـــل

قال الخصاف : { ولو قال أحدهما : أصابنى ألف ومائة ذراع ، وأصابك ألف ومائة ، وقال الآخر – يعنى المدعى - : بل أصابك ألف ذراع وأصابنى ألف ، فقبضتُ أنا تسعمائة وقبضتَ أنت ألف ذراع ومائة ، فإنهما يتحالفان ويترادان القسمة } . والمسئلتان جميعاً من الأصل[1] . إلا أن الخصاف لم يذكر فى النسخة التى قرأناها أن المدعى عليه قال : ما قبضت إلا ألف ذراع فى المسئلة الأولى . وذكر محمد فى الأصل ذلك[2] . فإذا كان كذلك فهما صحيحتان ، لا تعاد القسمة فى الأولى وتعاد فى الثانية ، بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه . وذلك لأن المدعى فى المسئلة الأولى أقر بأن الدار قُسمت وأصاب كل واحد منهما ألف ذراع فقد اعترف بأن ألف ذراع حق صاحبه ، وادعى عليه زيادة مائة ، وأنكر صاحبه أن يكون قبّضه تلك الزيادة ، فالقول قوله مع يمينه أنه لم يقبض غير الألف التى أقر بها المدعى . وأما فى المسئلة الثانية فإن المدّعى عليه قد اعترف بأنه قد قبض ألف ومائة ذراع ، وادعى أن المائة الزائدة استحقها بالقسمة ، وأنكر المدعى وقال : لم يستحق هذه المائة بالقسمة وإنما هى من نصيبى ، وأنه لم يصبك أكثر من ألف ذراع ، ولى ألف ذراع ، قبضت أنتَ ألفاً ومائة وأنا تسع مائة ، ولا يصدق المدعى عليه بأن المئة الزائدة قد استحقها بالقسمة . فيتحالفان ويترادان القسمة .

وبعد الباب مسائل القسمة بعينها فكرهت إعادتها // [ل ٢٠٠ أ] وهى مبنية على أصلين إذا تصادقا على أصل القسمة والقبض فادعى أحدهما الغلط

---

713 (١) يعنى كتاب الأصل لمحمد بن الحسن الشيبانى .

(٢) ساقط من ف .

لم يصدق عليه ، ويحلف الآخر[٣] ، فإن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه . فإن حلف برىء . والثاني : ادعى المدعى أنه لم يقبض نصيبه كله وقد أقر صاحبه بالزيادة وادعى لنفسه تلك الزيادة ، فإنهما يتحالفان ويترادّان القسمة .

714 باب نكاح الصغير

ذكر فى أول الباب أحاديث وأخباراً كثيرة على جواز النكاح للصغار[١] الأولياء . وقد بينا هذه المسئلة فى تعليق // [ف ١٦٨ أ] كتاب النكاح . وذكر فى الباب مسائل النكاح إلا أنا نذكر ما قد زيد فيما لم يذكره محمد فى الأصل .

715 مسـئلة

{ قال أبو حنيفة : إن كان الأب ضمن المهر عن الصغير فى صحته وأداه فى صحته فهو متطوع ، فإن أداه عن ابنه فى مرضه أو مات فأخذت المرأة ذلك من مال الأب حسبَ ذلك من ميراث الصغير . وقال زُفر فى [١] الوجوه كلها[١] : لا يُرجع فى مال الإبن بشيء . وأما سائر أصحابنا فإنما قالوا : إن الأب لا يرجع عليه إذا أداه فى صحته ولم يُشهد : إنى أؤدى عنه على أن أرجع فى ماله } ، لأن الأب قد تبرع بمال نفسه على الأولاد . الا ترى أنه يجهز لهم ويعطيهم المال إذا أسكنهم فى منازلهم ؟ فإذا كان كذلك لم يكن له الرجوع ، إذ الظاهر أنه متبرع . وليس الأب فى هذا كالوصى — أن له الرجوع فى مال الصغير — لأن الظاهر من أمور النـاس أن الوصى لا يتبرع بماله على الأيتام وإنما يتصرف فى أمواله ويقيم عنهم[٢] ليرجع فى أموالهم . فلذلك وجب له

---

(٣) ل : عليه .

714 (١) فى الأصل : الصغار .

715 (١) ل : الدعوة .

(٢) كذا فى الأصل ، والمعنى : يقوله عليهم .

الرجوع وإن لم يُشهد . ولم يذكر الخصاف مسئلة الإشهاد فى الأب ، وهى مسطورة فى النكاح أن للأب أن يرجع فى مال الصغير إذا أشهد على ذلك لأنه قد بيّن أنه لم يتبرع عليه بماله وإنما أداه عنه ، فصار // [ل ٢٠٠ ب] مثل الوصى . وأما إذا أدّاه فى مرضه أو أُخذ من ماله بعد موته فإنه يكون من مال الصبى لأن [فى] ذلك المرض لا يصح للأب أن يتبرع على الصغير دون غيره لأن حق الورثه يثبت فى ماله بالمرض ، وتبرعه للوارث لا يجوز فى تلك الحال كما لا تجوز وصيته له . فلذلك وجب أن يكون ذلك من مال الصغير وإن كان للمرأة أخذه من مال الأب لأنه ضمن عنها ، لحقه ثابت عليه . وأما زفر فإنه ذهب فى الوجوه كلها إلى أن الأب قد ضمن عنه للمرأة فى حال الصحة على وجه التبرع ، فصار كالأجنبى إذا ضمن عن غيره مالا فى الصحة ثم مرض أو مات ، أو كان أداه فى حال الصحة ، إن الدين المضمون يؤخذ من مال الكفيل فى الوجوه كلها ولا يُرجع على المضمون عنه بشىء . كذلك ها هنا مثله ، ولا ضمان على الصبى فى ذلك لأن الدين أخذ من مال الأب لحق ثبت عليه فى حال الصحة ، فصار كسائر الديون عليه فى الصحة .

716 فصـــل

قال[1] : وخيار بلوغ الصغير غير مقصور على المجلس لأنه ليس بخيار التمليك ، وإنما هو خيار فى إجازة العقد على نفسه وإبطاله . فصار بمنزلة من زُوّجَ له امرأة ، إنه يكون على خياره فى الجواز والإبطال متى شاء . وخيار الصغيرة إذا بلغت ، وهى ثيب ، مثل هذا للعلة التى ذكرناها . فإذا كانت بكراً فلها حال التى علمت بالنكاح : فإن سكتت فلا خيار [2]لها بعد // [ف ١٦٨ب] ذلك ، بمنزلة البكر البالغ إذا أخبرت بأنها زُوّجت فسكتت . ولا يشبه خيار[2]

---

716 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

لبلوغ خيار المعتق للجارية وخيار المُملكة أمرَها فى الطلاق ، لأن هذين خيار التمليك ، مقصوران على المجلس كالقبول للبيع والشراء .

717 قال : { وإن اختلفت المرأة والزوج بعدما بلغت فقالت : قد أخترت الفرقة حين أدركت ، وقال الزوج : كذبتِ ، فالقول قول الزوج عندهم جميعاً } ، من قِبل أن العقد صحيح فى الأصل . لو مات قبل اختيار الفـــرقة يتوارثان . فإذا كان كذلك فالظاهر أن العقد غير مفسوخ حتى يوجب الخيار الفرقة من المرأة ، فلا يُعلم وجود الخيار منها ، فالظاهر مع الزوج ، فالقول قوله . وليس هذا كدعوى الزوج على البكر أنها قد سكتت ، وأنكرت // [ل ٣٠١ أ] ذلك ، فإن القول قولها عند أصحابنا جميعا غير زُفر ، فإنه قال : القول قول الزوج لأن الظاهر [1]معه إذ لا يعلم أنها قالت : لا أرضاه . وأما وجه سائر أصحابنا فإن الظاهر[1] مع المرأة لأن الأصل أن البضع لم يُملك عليها. فلما اختلفا فقال الزوج : قد ملكت بضعك[2] لأنكِ سكت عن النـكاح . وقالت هى : لم تَمْـلك على بضعى لأنى لم أرضَ ، كان القول قولها أنه لم يملك الزوج بضعها ، إذ الأصل أنه غير مالك لبضعها .

718 قال : { ولو أدركت فقالت : لا أرضى بهذا النكاح ، وقد اخترت الفرقة ، [1]فكلمّها فى ذلك ، فرضت به[1] فالنكاح جائز ولم تقع الفرقة بقولها الأول : قد اخترت الفرقة ولا أرضى } . فلا يشبه هذا قول البكر إذا زوجت فقالت : لا أرضى ، ثم قالت بعد ذالك [ ][2] إن العقد ينفسخ بقولها : لا أرضى ، وذلك أن العقد فى مسئلتنا صحيح فى الأصل كما بينا ، والبلوغ أوجب لها خياراً فى الفسخ بعد صحة العقد ، فصار بمنزلة العيب الحادث

717 (١) ساقط من ل . (٢) ل : بعضك .

718 (١) ساقط من ل

(٢) ناقص هنا بعض الكلمات من النص إذ المعنى غير مستقيم .

فى المبيع بعد القبض : إن له أن يفسخ البيع لأجل العيب ، وبمنزلة خيار امرأة العنّين فى فسخ النكاح . كلّ هؤلاء إذا قالوا : قد فسخنا العقد ، ثم قالوا بعد ذلك : قد رضينا ، لزمهم العقد وليس لهم فسخه بعد ذلك . وقولهم الأول لا يوجب فسخ العقد لأن الفسخ ها هنا إلى القاضى والرضا بالعقد إليهم . فإذا اختاروا فسخ العقد لم ينفسخ بقولهم إذ الفسخ إلى القاضى . وإذا اختاروا الإمضاء نفذ عليهم لأن الإمضاء إليهم . ألا ترى أن المشترى لو قال إبتداءً[٣] : قد رضيت بهذا العيب ، لم يكن له خيار فى الردّ بعد ذلك ؟ فلو قال : لا أرضى به ورددت البيع ، لم ينفسخ حتى يرضى البائع به أو يحكم الحاكم به . فبان بهذا أن الفسخ ليس إليه ، وإنما هو إلى الحاكم والمعقود له ، والرضا به إليه . كذلك فى مسئلتنا . ومسئلة[٤] العنين مثل هذا . الفسخ ليس إلى المرأة والرضا بالنكاح إليها ، فإذا رضيت بالنكاح جاز عليها[٤] لأنها تملك . وإذا اختارت الفرقة لم // [ف ١٦٩ أ] تقع الفرقة لأنها لا تملك الفرقة // [ل ٢٠١ ب] ، فيجوز رضاها بالنكاح بعد ذلك . وهذا كما قالوا فى الشفيع : إن تسليم الشفعة إليه ، وهو يملكه ، وأخذُ الدار واستحقاقها إلى غيره ولا يملكها هو . فإذا قال : قد سلمت الشفعة ، وقع ونفذ عليه ، وإذا قال : قد أخذت الدار بالشفعة ، لم يُملكها بذلك ، ويجوز تسليم الشفعة بعد ذلك . والعلة فى هذا كله واحدة وهى أن الإنسان يجوز تصرفه فيما يملكه ولا يجوز فيما لا يملكه . فما كان الإمضاء أو الفسخ إليه فهو مالكه ، وجاز عليه بقوله ، وما لم يكن إليه من الفسخ والإمضاء ، فإنه غير مالكه فلا ينفذ بقوله . وأما البكر فإنها تملك الفسخ لأن البضع لم يملك عليها ، فصار بمنزلة المشترى إذا قال : اشتريت عبد زيد وقال عمر : قد بعت منك ، ثم بلغ زيداً ذلك ، فإن قال : أجزت ، جاز ، وإن قال : أبطلتُ ، بطل ، لأنه هو المالك الإجازة والفسخ جميعاً إذ العقد لم يملك عليه . كذلك البضع لم يملك على البكر ، فالإجازة والبطلان إليها

---

(٣) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ل .

دون غيرها . وفى مسائلنا الملك فى البضع قد وقع للزوج . وكذلك فى البيع العقد قد وقع ، ومَلك البائع الثمن . وكذلك الشفعة ، ملكُ الدار قد حصل للمشترى فليس للذى له الخيار فى شىء من هذا فسخ الملك الواقع إلا برضا المالك أو بفسخ القاضى ، وله أن يبطل حق نفسه ، بأن يرضى بحصول الملك للمالك .

قال : { فإن أرادت يمين الزوج على ذلك فلها أن تستحلفه على دعواها } لأن المرأة تدعى الفرقة باختيارها ، والزوج ينكر ذلك ، والفرقة يجوز بذلها من جهة الزوج ، فجاز أن يُحلَّف عليها عندهم جميعاً . فيحلف على علمه : بالله ما يعلم أن المرأة قد اختارت الفرقة . فإن حلف برىء وإن نكل عن اليمين حكم عليه بالفرقة .

719 باب المطالبة بمهر المرأة وطلب الزوج امرأته وكيف الحكم فيه // [ل ٢٠٢ أ]

قال أبو بكر الخصاف : { قال أصحابنا : للأب أن يطالب بمهر بنته وإن كانت كبيرة إذا كانت بكراً } ، ذلك لأن للبكر خصوصية فى هذا ما ليس للثيب بدلالة أن سكوتها يكون رضا بالنكاح وإن لم يكن ذلك للثيب لأنها تستحيى . فكذلك فى المهر ، البكر تستحيى أن تُطالب الزوج بمهرها ، ولا تكاد تبرز للمطالبة والخصومة ، فينبغى أن يقوم الأب مقامها فى ذلك . وليس لغير الأب من الأولياء ، هذا الحق لأن هنا تصرُّف عليها فى مالها ، وليس لأحد من الأولياء ، تصرف فى مالها فى حال الصغر . فكذلك فى حال الكبر لا يثبت لهم حق التصرف إلا من جهتها . وأما الأب فكان له أن يتصرف فى مالها فى حال الصغر فاستحسنوا فى جواز قبض مهرها وإن لم يكن له التصرف فى مالها فى حال الكبر لأنها متعلقة بالنكاح ، فما لم تتصرف هى بنفسها تكون

ولاية الأب فيه باقية . وليست هذه كالثيب لأن الثيب تتصرف بنفسها فتزول ولاية الأب عنها فى قبض المهر ، وإن كان ذلك // [ف١٦٩ب] متعلقاً بالنكاح وولايته فى النكاح باقية . وأيضاً فإنهم اتفقوا أن للأب قبض مهرها فى حال الصغر إذا كانت بكراً — والمعنى فيه : كونها بكراً — وهذا المعنى موجود فى حال الكبر فينبغى أن يكون لها قبض مهرها .

فإن قيل : العلة فيه كونها غير بالغة ، قيل له : هذه العلة[١] لا تدفع علتنا ، لأنها موجبة أيضاً ، فنقول بالعلتين جميعاً فى حال الصغر ، وقلنا بأحدهما فى حال الكبر .

720 قال : { ولو أن رجلا قدّم رجلا إلى القاضى فقال : إنى زوجت هذا لابنتى على صداق كذا وكذا بأمرها وهى بكر ، وأنا أريد صداقها . فإن أقر الزوج بالتزويج وبالمهر وقال : لم أدخل بها ، أمره القاضى بدفع المهر إليه } . وذلك أن ملك الزوج فى منافع بضعها قد تعين بالعقد ، فينبغى أن يتعين ملك المرأة فى مهرها أيضاً ، ولا يتعين الملك فى المهر إذا كان فى الذمة إلا بالقبض ، فينبغى أن يكون تسليم المهر متقدماً // [ل ٢٠٢ ب] على تسليم المرأة نفسها . { فإن قال الزوج : فمُرْ الأب أن يقبض المهر منى ويسلم الجارية إلى ، قال له القاضى : إقبض المهر وسلّم الجارية إليه . فإن قال الأب : ليس على دفعها إليه ، يطلبها حيئنذ حيث هى ، قال القاضى : إن المهر الذى تريد أخذه هو ثمن بضعها[١] ، فعليها إذا كانت [٢]كبيرة أن تسلم نفسها إلى الزوج إذا قبضت المهر. فأما أنت أيها الأب فإن كانت[٢] فى منزلك فعليك تسليمها إليه إذا قبضت لها المهر } . وذلك أن المهر بدل البضع ، فإذا أخذ هذا المهر وجب تسليم بعضها

---

719 (١) ساقط من ف .

720 (١) ل : بعضها . (٢) ساقط من ل .

إليه إن كان يقدر على ذلك ، كالبيع إذا قبض البائع الثمن وجب عليه تسليم المبيع إلى المشترى إن كان يقدر عليه . فإن لم يقدر على ذلك بأن لا تكون فى بيتها ، سلم المهر إليه وتوثق منه بكفيل . ويخالف هذا الوجه البيع . وعند أبى يوسف : هذا والبيع سواء ولا يستحق الأب قبض مهرها إلا أن تكون الإبنة بحال يُقدر على تسليمها ، بأن تكون حاضرة ، كما قالوا فى البيع . فأما وجه الفرق بينهما لسائر أصحابنا فهو أن الثمن يسقط عن المشترى بهلاك المبيع قبل القبض . فإذا كان كذلك لم يؤمر بتسليم الثمن إلى البائع ما لم يكن المبيع حاضراً من حيث يقدر على تسليمه إلى المشترى لأنه قد يجوز أن يهلك المبيع فيسقط الثمن فلا يستحق البائع قبضه . وهذا المعنى غير موجود فى مسئلتنا لأن هلاك المرأة وموتها لا يوجب بطلان المهر ، بل يتأكد بموتها ، فينبغى أن يمتنع الزوج من تسليم مهرها ، ولكنه يسلم المهر إلى الأب إذا كانت بكرا ويستوثق منه بكفيل يضمن له ما قبض الأب حتى ولو امتنعت المرأة من تسليم نفسها إليه يرجع على الكفيل بذلك إذا لم يقدر على الأب .

قال القاضى أبو سعيد الصباد أبادى[٣] : إن امتنع الأب من التسليم — [٤] أعنى تسليم[٤] الإبنة إلى الزوج ، أو تعذر عليه التسليم فانه يسترجع المهر من الزوج ، فان قال الأب : هى فى منزلى ، وأنا أسلمها إليك قال //[ل ٢٠٣ أ] القاضى للزوج : إدفع إليه المهر . فان قال الزوج : إن هذا يأخذ المهر منى ويدفعنى [٥] عنها ولا يسلمها إلىّ فلنتوثق من المهر ، فإن القاضى //[ف ١٧٠أ] يأمر أن يوثق الزوج من المهر[٥] بكفيل إلى أن تسلم إليه ، ويأمر الزوج بدفع المهر إليه على التوثق منه على ما بينا .

---

(٣) لم يرد له ذكر فى الجواهر المضيئة ولا السمعانى ، ولا اللكنوى ، ولا ابن قطلوبغا .

(٤) ساقط من ل . (٥) ساقط من ل .

721 (١) قال : { فإن كان الأب لما قدم الزوج إلى قاضى الكوفة والخصومة بينهما على ما وصفنا(١) ، فقال الأب : ابنتى بالبصرة و ُثمّ [كان](٢) عقده النكاحَ ، أو كانت بالكوفة وانتقلت إلى البصرة ، فأنا أسلمها إليه بالبصرة ، فان الأب لا ُيجبر على حملها إلى الكوفة ، ولكن يقال للزوج : ادفع المهر إلى الآب وتوثق منه بكفيل مما تدفع إليه ، على أنه إذا [سلّم](٣) إليك ابنته بالبصرة برىء هو وكفيله ، واخرُج أيها الزوج حتى تتسلمها هناك } . وذلك أن حال العقد ليس له اعتبار فى هذا الباب سواء بالكوفة أو بالبصرة فهو سواء . وعلى الأب تسليم المرأة إلى الزوج فى الموضع الذى فيه المرأة وقت الخصومة . كما لا اعتبار [لحال العقد](٤) فى البيع . ألا ترى أن عقد البيع لو كان ببغداد والمبيع بخراسان لم يكن على البائع حمله إلى بغداد وتسليمه إلى المشترى . كذلك ها هنا . ولكن يسلمه فى الموضع الذى فيه المبيع وقت الخصومة . كذلك النكاح مثله . وليس هذا كالعبد إذا باعه مولاه وهو حاضر ثم أبق ، إنه لا يجب على المشترى أن يمر إلى الموضع الذى فيه العبد ويتسلمه هناك ، ولكن له الخيار بين أن يترك نقد الثمن ولا يفسخ العقد إلى أن يجىء العبد ، وبين أن يفسخ البيع من قِبل أن هناك المبيع يسقط عن الثمن ، فلا يؤمر بتسليم الثمن لما بينا . وإذا لم يجب عليه تسليم الثمن فلا يطالب به ، [و] لم يحتج إلى المرور بطلب المبيع . وها هنا الزوج مطالب بتسليم المهر وإن لم يحضر المرأة لما بينا . فاذا كان كذلك لم ُيجز أن ُيطالب الأبُ بحمل المرأة كما لا يطالب البائع برد العبد الآبق إلى المشترى لم يكن [بدّ](٥) للزوج أن يمرّ بطلب المرأة ويتسلمها هناك . وأيضاً فان تعذر تسليم المبيع على البائع يحدث للمشترى الخيار وفسخ

---

721 (١) ساقط من ل . (٢) فى الأصل : كانت .

(٣) فى الاصل : لم ُيسلم . والمعنى يتطلب ما أثبتناه .

(٤) فى الاصل : العقد . والمعنى يتطلب ما أثبتناه .

(٥) فى الاصل : الى .

العقد ، وإسقاط الثمن عن نفسه . وتعذّر //[ل ٢٠٣ب] تسليم الجارية إلى الزوج لا يحدث للزوج الخيار فى فسخ العقد وإسقاط الثمن عنه بدلالة أنها لو مرضت مرضاً لا تستطيع معه التسليم لم يكن للزوج الخيار فى فسخ العقد ، وإن كان ذلك فى البيع كان له فسخ البيع . فاذا كان كذلك قلنا فى مسئلتنا أيضاً : للمشترى الخيار فى فسخ البيع وإمضائه . فإن فسخه كان له ذلك ، وإن أمضاه ورضى بذلك كان له الخيار إن شاء مرّ بطلب الغلام ، وإن شاء ترك إلى أن يرجع إذا لم تقع عليه مطالبة الثمن فى الحال . وأما فى النكاح ، ما لم يكن له الخيار فى فسخ العقد وإسقاط المهر عن نفسه كان[٦] حكمه بعد غيبة المرأة كحكمه قبل غيبتها ، فلا يجب للزوج الخيار ، وهو مطالب بالمهر فى الحال وليس على الأب حملها إليه كما بينا ، فلا بد له من المرور وطلبها وقبضها هناك .

722 قال : { فإن قال الزوج : لا يمكننى الخروج ولكن أوجه وكيلا يحوّلها إلى منزلى بالبصرة ، فذلك له [إن][١] كان الوكيل محرما لها ، وإن كان غير محرم لم تؤمر[٢] بالخروج معه { لنهى النبى عليه //[ف ١٧٠ ب] السلام « لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام إلا مع محرم أو زوج »[٣] .

723 قال : { وإن كانت المرأة وكلت وكيلا بمطالبة الزوج بمهرها وهى بكر فى منزلها ، كان الأمر فى ذلك على ما وصفت لك فى الأب { ، وذلك لأن الأب يقوم مقام الموكل . والأب أيضاً كالوكيل لها فى ذلك ، فحكم هذا الوكيل وحكم الأب فى ذلك سواء . { وإن كانت ثيباً فالمطالبة بالمهر لها دون الأب ، إلا أن توكل بذلك { ، لأن المعنى الذى ذكرنا فى البكر غير موجود

---

(٦) ل : فإن .

722 (١) فى الأصل : وإن . (٢) ل : يوم .

(٣) صحيح مسلم ، حج ، ٤١٣ لاتسافر المرأة ثلاثا إلا ومعها ذو محرم .

ها هنا . ألا ترى أن سكوتها لا يكون رضا وأنها لا تمتنع من مبارزة الزوج بالخصومة والمطالبة بالمهر فى العادة ؟ فلا حق للأب فى ذلك إلا أن توكله . فإن غشيها الزوج ثم أرادت أن تمتنع منه حتى تقبض مهرها فإن أبا حنيفة قال : لها ذلك . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا كان قد دخل بها برضا فليس لها أن تمتنع من المصير إليه ولكنها تجبر على أن تصير إليه وتطالبه بمهرها بعد ذلك //[ل ٢٠٤ أ] } .

لأبى حنيفة أن المهر بدل عن كل وطء وتسليم يوجد فى النكاح ، بدلالة أنه لو كان بدلا عن الوطء الأول لكان الوطء الذى يقع بعده بغير بدل ، وليس يجوز استباحة البضع بغير بدل ، فدل هذا على أن كل وطء يقع فى النكاح فهو بدل عن المهر . فإذا كان كذلك ، لها أن تمتنع من الوطء الثانى والثالث وغير ذلك حتى تقبض المهر كما كان لها الامتناع من الوطء الأول بالاتفاق حتى تقبض المهر . فالمعنى الجامع بينهما كون الوطء الذى امتنعت منه بدلا من المهر ، وإن شئتَ قلت : كون التسليم الذى امتنعت منه بدلا من المهر كيلا يقول القائل : إن المهر هو بدل من التسليم ، [والتسليم] قد وُجد. فنقول إن التسليم حكم الأول ، فكما كان لها الامتناع من التسليم لتقبض المهر ، كذلك كل تسليم فى النكاح فهو مثله ، لكونه بدلا من المهر . فإن قيل: فهذه العلة توجب أن للزوج أن يمتنع من تسليم مهرها كله إليها حتى تستوفى البدل كله ، إذ كل وطء وتسليم يقع فى النكاح فهو بدل المهر الذى وجب فى العقد ، كما قالوا فى الإجارة : إن المؤاجر لا يستحق الأجرة كلها على المستأجر حتى يستوفى المنافع المستحقة بالعقد ، وإنما يُستحقّ عليه مقدار ما قد استوفى المستأجر من المنافع ، قيل له : هذا السؤال[1] ساقط الاعتبار[1] لأن المسلمين بأجمعهم يقولون : إن المرأة مطالبة الزوج بالمهر قبل تسليم نفسها

---

723 (١) ساقط من ب .

إليه . وإن كان التسليم الأول الذى هو بدل المهر لا محـــالة لم يوجد[٢] ، فكذلك حكم التسليم الثانى والثالث إلى أن ينقضى النـكاح . وإن كان بدلا من المهر فإن لها أن تمتنع منه حتى تستوفى المهر .

وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما ذهبا إلى أن المرأة إذا مكنت الزوج من وطئها مرة صارت بمنزلة البائع إذا سلم المبيع إلى المشترى ، فليس له أن يسترده إلى يده حتى يقبض الثمن . والجواب // [ل٢٠٤ب] عن هذا لأبى حنيفة أن الثمن هو بدل المبيع وليس هو بدل عن التسليم وإن لم يستحق البائع قبض الثمن إذا تعذر عليه تسليم المبيع . فاذا كان الثمن بدلا عن المبيع ، والمبيع لا يقضى أكثر // [ف١٧١ أ] من تسليم واحد ، وما بعد ذلك من التسليم وغيره يحدث على ملـكه ، بدلالة أن له أن يملك منافع البيع [و]غيره بالبدل ، وأن الأمَة المبيعة لو وُطئت بالشبهة بعد القبض يكون المهر له ، ثبَت أن المنافع التى تحدث بعد القبض تحدث على ملك المشترى ، وأنه لم يقبض هنـاك تسليم آخر من البائع . فإذا وُجد التسليم الأول لم يجز له أن يسترد المبيع إلى يده ليقبض الثمن ، إذ التسليم الذى يحدث بعده ليس هو بدل عن الثمن . وأما المهر فليس كذلك لأن كل تسليم يقع فى النـكاح فهو بدل من المهر لما بينا . ولأنه لوكانت تلك المنافع التى تحدث بعد الوطء الأول تحدث على ملـكه ، لـكان بدل منافع البضع له كما كان فى الجارية المشتراة بعض القبض . فكان يجب أن المرأة لو وطئت بالشبهة يكون المهر له دون المرأة . وفى اجتماعنا على أن المهر الذى يجب بالوطء على وجه الشبهة يكون للمرأة دليل على أن الزوج لا يملك منافع بضعها إلا حالا فحالا ، وإنما هى المالـكة لبضعها . فإذا لم يملك بضعها لم يجز استباحته بغير بدل . فيجب أن يكون المهر الموجب بالعقد هو بدل لـكل[٣] وطء يقع فى النـكاح وكل تسليم يوجد فيه . ولا يكون إباحة البضع بغير بدل . وهذا قد ثبت بطلانه.

---

(٢) ل ، ج : يؤخذ .
(٣) ل : فـكل .

وإذا كان كذلك ثبت أن كل تسليم أو وطء يحدث فى النكاح فهو بدل المهر الموجب بالعقد ، فيجرى مجرى البيع نفسه قبل القبض فى امتناع المرأة منه حتى تقبض المهر ، إذ هو بدل المهر كما كان المبيع بدلا من الثمن ، وكان التسليم الأول بدلا من المهر . فجرى النكاح مجرى الإجارة فى باب أن المهر بدل عن كل تسليم ووطء يقع فى النكاح ، كما أن الإجارة [٤] المسماة بدل عن تسليم يقع فى عقد الإجارة . وخالف الإجارة من وجه فى أن الأجرة[٤] لا تستحق إلا باستيفاء المنافع ، والمهر يستحق بنفس العقد . وأجراه مجرى البيع فى هذه الجهة إذ المهر مستحق بعقد // [ل ٢٠٥ أ] النكاح . فإذا كان النكاح قد أخذ الشبهة من البيع والإجارة جميعاً على ما بينا وجب أن يلحقه حكم البيع فى باب استحقاق المهر بالعقد لإجماع الناس عليه ، ويلحقه فى الإجارة فى باب أن المهر بدل عن كل تسليم ووطء يقع فى النكاح ، كما أن الأجرة بدل من كل تسليم يقع فى عقد الإجارة بدلالة التى ذكرناها . فاذا كان كذلك فللمرأة أن تمتنع من تسليم نفسها فى كل مرة حتى تستوفى المهر .

724 قال : { وإن طالب الزوجَ الأب بالمهر وقال : ابنتى بكر فى منزلى ، وقال الزوج : قد دخلت بها ، فالقول قول الأب } من وجهين ، أحدهما أن الأب قد ثبت له حق قبض المهر فلا يبطل ذلك بقول الزوج إنه قد دخل بالجارية حتى يثبت ذلك بحجة ، لأن قوله غير مقبول على الغير . مثل رجل ثبت لغيره عليه دين فادعى إسقاط حق القبض عن نفسه لم يصدّق إلا بحجة . كذلك[١] هذا . والوجه الثانى أن الأصل البكارة حتى يثبت الدخول . فإذا كان كذلك فالظاهر مع الآخر . فينبغى أن يكون القول قوله لأنه هو المدعى عليه فى زوال بكارة الابنة .

---

(٤) ساقط من ل .

724 (١) ل : بذلك .

قال[٢] : { فان قال الزوج للقاضى : حلّفْ الأب : بالله ما يعلم // [ف ١٧١ب] أنى دخلت بها ، فلا يمين على الأب فى ذلك } ، من قبل أن الأب لو أقر بالدخول لم يُقبل قوله على الابنة فى صحة الدخول ، وإن لم يكن له حق القبض لأن إقراره يبطلانه . فاذا كان قوله غيرمقبول فى صحة الدخول ، فلا يحلّف على ما يجوز إقراره . فان قيل : فهلاّ يحلّف على ذلك لأن نكوله يسقط حق قبضه للمهر ، كما يسقط الإقرارُ بالدخول ، قيل له : إن الإقرار بالدخول وإن أسقط حق القبض له ، فان اليمين لا تجب فيما لا يجوز لقراره وإن كان إقراره يسقط حقه . ألا ترى أن الوكيل بردالمبيع بالعيوب لو أقر أن المشترى قد رضى بالعيب لم يكن له حق الرد وقبض [الثمن][٣] ، ومع ذلك لو أراد البائع أن يحلفه : بالله ما يعلم أن المشترى قد رضى بالعيب ، لم يكن له أن يحلفه لأن إقـــراره غير جائز // [ل ٢٠٥ ب] على المشترى ؟ فلا يحلف على ما لا يجوز إقراره . وكذلك الوصى لا يحلف على ما يدعى على الميت من الرضا بالعيب والبراءة من الدين لأن إقراره عليه غير جائز . ولو أقر به لم يكن له المطالبة بذلك . فقد بان لك أن الإقرار ليس يجرى مجرى النكول فى هذا الباب .

{ فان قال الزوج للقاضى : فَمُرْ الأب بإحضار الجارية حتى أسألها عما أقول من دخولى بها ، فإن كانت ممن تخرج أمره بإحضارها حتى يسألها عن دعوى الزوج . فإن أقرت بالدخول شهد عليها الشاهدان بذلك وجبرها الحاكم إلى المصير إلى منزل الزوج ثم يطالبه بمهرها . وإن أنكرت الدخول ، فالقول قولها } . وذلك أن الزوج قد ادعى عليها الدخول فلا يجوز أن يبطل حقه . فإذا كان كذلك يؤمر بإحضارها إن كانت ممن تبرز للمطالبات لأن هذا حق لزمها للزوج كسائر الحقوق التى تلزمها لغير الزوج . { وإن كانت ممن لا تحضر

---

(٢) ساقط من ف .

(٣) فى الأصل : الشىء .

الخصومات ولا تبرز للمطالبات فإن القاضى يبعث أميناً من أمنائه حتى يقوم فى ذلك مقام القاضى ، ويحكم عليها بما يحكم عليها القاضى لو جاءت إلى القاضى } ، لأنها إذا لم تبرز للخصومات فليس للزوج عليها حق الإحضار ، كما ليس لغير الزوج عليها الإحضار إذا ادعى عليها شيئاً ، لأنها عورة فلها أن تبرز للناس . فإن كان كذلك لا بد للقاضى من إنفاذ من يقوم مقامه فى ذلك ، إذ ليس يجوز للقاضى أن يترك مجلس القضاء ويذهب إلى امرأة ليحكم بينها وبين زوجها . { ويذهب الزوج والأب مع الأمين مع شاهدى عدل } ، لأن الزوج والأب خصمان ، فلا بد لهما من الحضور للحكم والخصومة ، والأمين ليقضى بينهما ، والشهود ليشهدوا على مايسمعون منها من إقرار وغيره . { فإذا كان كذلك يحكم الأمين على إقرارها إن أقرت بالدخول . وإن أنكرت وقال الزوج : حلّفها على دعواى من الدخول ، فإن الأمين يحلفها على ذلك . فان حلفت برئت من // [ل٢٠٦ أ] دعوى الزوج وعليه تسليم مهرها إلى الأب . وإن نكلت عن اليمين حكم له عليها بالدخول وأمرها بالمصير إلى منزل الزوج ، ثم يُطالَب بمهرها فى قولها } . ولا يشبه الجارية فى إيجاب اليمين للأب من قبل أن إقرارها على نفسها بالدخول // [ف١٧٢ أ] جائز فيثبت حكم النكول فى اليمين أيضاً . والمسئلة مبينة على قولها فلأنّ عند أبى حنيفة لا فرق بين الدخول بها وبين غير الدخول بها فى أن لها المطالبة بالمهر وامتناعها من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها . فإذا كان كذلك فعنده لو أقرت بالدخول أيضاً لم تؤمَر بالمصير إلى منزل زوجها ما لم تقبض مهرها . فإذا كان كذلك ثبت أن هذه المسائل كلها على قولها . وهى لو أقرت بالدخول قبل قولها على نفسها [أو] تحلَّف(٤) على ذلك ، والأب لو أقر بالدخول لم يجز عليها ، فلا يمين عليه فى الدخول بها .

725 قال : { فإن قال الزوج : قد دخلت بها ، وقالت هى : استكرهنى على

(٤) فى الاصل : فتحلف .

نفسي ، فالقول قولها } ، لأن الأصل عدم الرضا حتى يثبت ، ولأنه[١] قد ثبت، لها وللأب حق القبض قبل تمكينه من الوطء ، والزوج يدعى إسقاط ذلك الحق على قول أبي يوسف ومحمد بالوطء ، فادعى أنه ليس لها الامتناع من التسليم فلا يصدّق عليها .

726 قال : { وكذلك لو قال الزوج : دخلت بها ، وقالت هي : قد خلا بي إلا أني لم أمكنه من الوطء حتى أقبض مهري ، كان القول قولها } لِما ذكرنا من الوجهين : أحدهما أن الأصل أنها غير مدخول بها ، والثاني أن فيه أسقاط حقها أو حق الأب بقول الزوج ، فلا يصدق على بطلان حقها وحق الأب . { فإن قال الزوج : لو خلوت بها فبالخلوة مايجب أن يصير إلى ويطالبني بمهرها ، فليس له ذلك } لأن الخلوة ليست بجماع ، وإنما وجب لها المهر كاملا ، والعدة إن طلقت قبل الدخول لمعنى آخر . فإذا كان كذلك ، وحقها عند أبي يوسف ومحمد فى مطالبتها // [ل٢٠٦ب] الزوج بمهرها قبل التسليم إنما يبطل بالدخول بها برضاها ، والدخول لم يوجد ، لم يسقط حقها .

727 قال : { فإن لم يثبت الدخول بها وطلبت حبسه بمهرها فإن القاضي يحبسه لها بذلك } ، لأن المهر دين لازم على الزوج فَيُحْبَس به كما يُحبس فى سائر الديون حتى تستوفى مهرها[١] . { فإن قالت : مُره فلينفقْ عليّ إلى أن يدفع إليّ مهري ، أمره القاضي بذلك . فإن مطلها بذلك فسألت القاضي أن يفرض لها نفقة فعل ذلك } ، لأن الحبس وامتناعها منه لحقّ ، فلا تبطل نفقتها. وكذلك بعد الدخول على قولها أيضاً إذا طالبته بالمهر فلها حبسه به ولها عليه النفقة كما بينا .

قال : { فإن أراد الزوج أن تكون معه فى الحبس ، لم يَحبِسه القاضي إلى

---

725 (١) كذا فى ج . وفى ف ، ل : ولاية .

727 (١) ساقط من ف .

ذلك وإن كان فى الحبس موضع خال، } ، لأن المرأة لا تستحق الحبس فلا يجوز أن تحبس لوطء الزوج .

728 قال : } فإن كانت الجارية صغيرة زوّجها أبوها فطالب بمهرها فله ذلك } ، لأن المهر يجب بالعقد سواء كانت ممن تجامع أو كانت ممن لا تجامع . وأما النفقة فلا تجب لها إلا أن تكون ممن تجامع ، لأن المهر يستحق بالتسليم، والتى لا تجامع لا يصح منها التسليم كما لا يصحّ التسليم من الرضيعة[1] ، فلا تستحق النفقة .

قال : } فإن قال الزوج : أنا أدفع المهر — يعنى إلى الأب — فمُرْهُ فليدفعها إلىّ ، فإنها تُطيق الرجال وتصلح للجماع ، أمر القاضى مَن يثق به من النساء أن ينظرن جسمها وقامتها ، فإن قلن : إنها ممن تطيق الرجال ، قال//[ف ١٧٢ ب] للأب: إقبض المهر ، وسلّمْ الجارية إليه . وإن قلن : لا تطيق[2] الرجال أجبر الزوج على دفع المهر إلى الأب. فإن كانت ممن يخرج نظر القاضى إليها ، فإن كانت ممن تجامع أمر الأب بتسليمها إليه بعد قبض المهر، وإن كانت لا تجامع مثلُها أمر الزوج بتسليم المهر إلى الأب} . وذلك[3] لأنها إن كانت ممن لا يخرج ، يقوم النساء مقام القاضى فى النظر إليها ، لأن نظرهن إليها أحسن من نظر الرجال .

قال : } فإذا [قالت][4] النساء : إنها تحتمل الرجال // [ل٢٠٧ أ] دُفعت إلى الزوج . وإن أتى .. الزوج ببينة تشهد له على سنها ، قد عرفوا أمرها فكان قد أتى لها خمس عشرة سنة دُفعت إلى الزوج } لأن هذه حال البلوغ ، وليس للأب أن يمنعها من الزوج بعد أخذ المهر . } وإن كان أهلها قد دفعوها إلى

---

728 (١) ل : الوضيعة . (٢) ف : تحمل .

(٣) ل : وكذلك . (٤) فى الأصل : قال .

الزوج ، أو كان أبوها دفعها إليه ، ثم رجعت إلى منزل أبيها فطلبها الزوج فقال: قد دخلت بها ، وقال أهلها : نعم قد دخل بها ولكنه قد عقرها[٥] ، وذلك أنها لا تحتمل الرجال ، وإنما دفعناها إليه على أنه لا يبنىَ بها إلى أن تصير إلى الحال التى تجامَع مثلُها ، وقال الزوج : بل هى تُطيق الرجال ، وما عقرتها ولكنها نشزت ، فإنها أيضاً تورّى النساء . فإن قلن : هى ممن تطيق الرجال ، دُفعت إلى الزوج . وإن قلن : إنها لا تطيق الرجال ، لم يدفعها إلى الزوج } .

أما نظر النساء إليها فلِما قلنا فى الفصل الأول ، لأن ذلك من أمر النساء وأحوالهن . وأما بطلان حق الأخذ للزوج إذا قلن : إنها لا تطيق الرجال وان كان الأب قد سلمها إليه قبل ذلك من قبل أن دفع الأب قد علمنا أنه كان باطلا، إذ ليس يجوز للأب أن يتصرف عليها فيما يضر بها . فلما سلمها إلى الزوج وهى ممن لا يطيق الرجال فذاك ضرر عليها ، فلا يجوز على الجارية . فلذلك [ما جاز][٦] للأب أن يدفعها إليه بعد ما قد سلمها فى الابتداء ، ويأخذها منه .

وإن كان الزوج صغيراً زوجه أبوه جارية صغيرة زوّجها أبوها ، أو امرأة كبيرة زوّجها وليّها بإذنها ، فللأب أن يقبض مهر الصغيرة من مال الصبى بحكم الحاكم بذلك ، وللكبيرة أيضاً أن تقبض مهرها من ماله إن كانت ثيباً . وان كانت بكرا قبض لها أبوها . وإن طلبت النفقة وقد قبضت المهر أنفق عليها أيضاً من مال الغلام } — يعنى فى الكبيرة وفى التى تُجامع//[ل٢٠٧ب] مثلُها . وذلك أن عقد الأب على الصغير[٧] كان جائزاً كعقد الكبير على نفسه . والكبير إذا تزوج يجب لامرأته جميع ما ذكرنا من المهر والنفقة لوجود تسليمها فى بيته . كذلك امرأة الصغير مثل هذا ، وقد وُجد منها التسليم وإن عجز الزوج عن وطئها ، فتستحق المهر والنفقة جميعاً .

---

(٥) كذا فى ل ، ج . وفى ف كلمة غير مقروءة ، صورتها عمرتنا .

(٦) فى الأصل : جاز . (٧) ل : الصغيرة .

729 فصـــل

{ ولو كان الأب زوّج الصغيرة وسلمها إلى زوجها فوطئها وهى تحتمل الرجال ، فللأب أن يقبض مهرها وإن كانت ثيباً } لأنها صغيرة يُولّى عليها. والأب هو الذى يلى عليها ويتصرف فى مالها . فله قبض مهرها أيضاً .

730 فصـــل

{ فإن طالب الأب الزوجَ بمهر ابنته وأحضر زوجها وقال الأب : قد ماتت ابنتى ، ولم تدعْ وارثاً غيرى وغيرك[1] // [ف١٧٣] وأنا أريد نصف مهرها الذى هو حقى ، وقال الزوج : لم تمت ، وإنما تُدافعنى عنها ، وليس هناك بينة تشهد للأب على موتها ، والزوج يطلبها من الأب ، فإنه ليس للأب قبض شىء من المهر من الزوج } ، لأنه لما ادعى موتها فقد اعترف بسقوط حق القبض فى المهر لها على وجه الولاية . فلا يكون له حق القبض من هذه الجهة . والجهة التى يدعيها لم تثبت بعد [بقوله][2] حتى يقيم البينة على ذلك . فلا يستحق قبض شىء من المهر .

وهذا[3] بمنزلة رجل له ابنان ، وعلى أحدهما ألف درهم ، فوكل ابنه الآخر بقبضها منه ، فقال الوكيل بعد ذلك : قد مات أبى فورثته ، أنا وأنت ، هذه الألفَ ، فادفعْ إلى نصفها ، وقال الذى عليه الألف : لم يمت أبى ، فليس للوكيل أن يقبض من أخيه شيئاً ، لأنه قد زعم أنه قد خرج من الوكالة حين مات أبوه .

731 قال : { ولو أن الأب فى المسألة الأولى طالب الزوج بمهر ابنته وقال :

---

730 (١) ل : وغيرى . (٢) فى الأصل : قوله .

(٣) ف : قال وهذا .

هى حية ، وقال الزوج : قد ماتت فلى نصف المهر ولك النصف ، وقال الأب : هى حية بالبصرة وأنا أدفعها إليك هناك ، فإن للأب أن يأخذ مهرها من الزوج ويوثّق[(١)] { ، لأن الأصل أنها حية ، فإن لم يسلمها إليه بالبصرة//[ل٢٠٨أ] على ما قال وجب عليه رد نصف المهر بالميراث ، لأنه لم يقدر على تسليمها ولم يُثبت حياتها ، لم تثبت دعوى الأب ، فلا يستحق أخذ جميع المهر ، فيجب عليه رد نصفه لعدم شروط التسليم .

قال : { وكذلك إن رجع الأب إلى تصديق الزوج فقال : قد ماتت ، دَفع إلى الزوج نصف المهر الذى قبض منه { ، لأنهما تصادقا أن المهر بينهما ، فينبغى أن يحصل بينهما نصفين .

732 باب العنّين والمجبوب

قال الشيخ : الأصل فى أجل العنين اتفاق الصحابة . وروى الخصّاف عن عمر وعبد الله وغيرهما[(١)] من الصحابة . وذكر غيرهما من التابعين أن يؤجل العنين سنة . وروى عن عمر فى الأجل والخيار والفرقة مثل قولنا . فإذا صح هذا عن عمر من غير نكير من أحد من الصحابة ، صار أصلا فى أنه يؤجّل سنة ، وأن امرأته تُخيّر بعد مضى الأجل إذا لم يصل إليها بين الفرقة والمقام معه ، وأن الفرقة لا تقع بمضى المدة كما روى رضى الله عنه من غير نكير من أحد منهم عليه . وأيضاً فان الوطء حق للمرأة لأنها لا تتوصل إلى استحقاق كمال المهر بالاتفاق من غير إيجاب[(٢)] الفسخ إلا بالوطء ، واستحقاق المهر من حقوقها ، فلها المطالبة بالوطء لتستحق كمال المهر ، كما استحق الزوج بضعها . فاذا ادعيت عيباً فى عضوه وإنه لا يصل إليها لم يكن بدّ للقاضى من أن يستبحثه

---

731 (١) ل : ويوصى .

732 (١) ساقط من ف .   (٢) ف : لحاق .

عن حاله ويستبين أمره . وهـــذا لا يُتوصل إلى معرفته إلا بمضى الفصول الأربعة عليه من الصيف والشتاء والخريف والربيع ، لأنه إن كان من علة فى غير هذا العضو تبين بمرور هذه الفصول ، إما بزيادة وإما بنقصان . وإن كان من علة فى العضو يتغير حكمه باختلاف الهواء .

733 قال // [ل ٢٠٨ ب] : { ولو أن امرأة قدمت // [ف ١٧٣ ب] زوجها إلى القاضى فقالت : إن هذا تزوجنى وأنا بكر ، أو ثيب ، وأنا مقيمة معه منذ زمان طويل ، لم يصل إلىّ ، وقال الزوج : صدقت المرأة على ماقالت، ولم أصل إليها ، وأنا أرجو أن أصل إليها ، فإن القاضى يؤجله سنة منذ يوم ارتفعا إليه . فإن وصل إليها ما بينه وبين سنة ، وإلا خيرها القاضى بعد مضى سنة . فإن اختارت الفرقة فرق الحاكم بينهما ، وكانت فرقة بطلاق بائن . ولها المهر كاملا } . وهذا كله عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه — أعنى الأجل والخيار وتفريق الحاكم ووجوب المهر والعدة وكون الفرقة بتطليقة بائنة .

734 فصـــل

{ فان اختلفا فقال الزوج قد وصلت إليها ، وقالت هى : لم يصل إلىّ وأنا بكر ، فإن القاضى يُريها النساءَ ، فإن قُلن إنها بكر ، أجله سنة ، وإن قلن إنها ثيّب فالقول قول الزوج مع يمينه أنه وصل إليها إذا ادعت المرأة[1] أن بكارتها ذهبت بمعنى غير الوطء } . وذلك أن المرأة قد ادّعت أنه لم يصل إليها وأنه معيب وأنّ لها الخيار ، وادعى الزوج أنه قد وصـــل إليها وأذهب عُذْرتها[2] ولا خيار لها فى فسخ العقد. ولا يمكن التوصل إلى ثبوت العيب فى عضو الزوج إلا باستبراء حال المرأة . فإذا كان كذلك لم يكن بد من النظر فى أمر المرأة . ولا يجوز ذلك للرجال ، فينظر إليها النساء ، كما نقول فى عيب الجارية

734 (١) ساقط من ف . (٢) أى بكارتها .

المشتراة إن النساء ينظرن إليها . (٣ كذلك النساء . فإذا قلن هى بكر يستبرىء القاضى حال الرجل بأن يؤجل سنة ، فإن وصل إليها ٣) وإلا فرّق بينهما إن شاءت المرأة . وإن قلن هى ثيب سقط اعتبار نظر النساء إليها بعد ذلك ، وصار الظاهر مع الزوج ، لأنا لا نحمل ذهاب بكارتها بغير وطء حلال ، لأن ذهاب العذرة بالوثبة (٤ ودُرور الدم٤) ونحو ذلك من النادر الشاذ ، فلا يُحمل الأمر عليه . وذهابها بالوطء هو المعروف ، فيُحمل على أنه من وطء الزوج . إلا أنه لا بد من يمين الزوج على دعوى المرأة لأنها تدعى عليه حق الوطء .

735 فصـــل

{ فإن جاءت بعد مضى الأجل فادّعت أنه لم يصل إليها فإن // [ل ٢٠٩ أ] الزوج يُسأل عن ذلك . فإن قال . لم أصل إليها بعد الأجل وقد كنت أعلمتك أنى وصلت إليها قبل الأجل ، فإن القاضى لا يريها النساء فى هذه الحال { لأن النساء قد شهدن قبل الأجل أنها بكر ، والزوج قد اعترف أنه لم يصل إليها بعد ذلك . فلا معنى لنظر النساء إليها ، { ولكنها تُخيرّ ، فإن شاءت الفرقة فرّق القاضى بينهما ، وإن شاءت المقام أقامها معه . ولا خيار لها بعد ذلك { . مثل الرضا بالعيب ، إذا رضى به مرّة لم يكن له خيار الرد بعد ذلك . كذلك هذا .

736 فصـــل

وإن كان الزوج قال : قد وصلت إليها بعد الأجل أيضاً ، فإن النساء ينظرن إليها ، فإن قلن هى بكر خُيرّت المرأة . وإن قلن هى ثيب ، فالقول قول الزوج مع يمينه : بالله لقد وصلتُ إليها { . وذلك أن هذا أمر لا يطلع

---

(٣) ساقط من ل .   (٤) ساقط من ب .

عليه الرجال ، فيُقبل فيه قول النساء . // [ف ١٧٤ أ] فإذا قلن : إنها بكر فقد ثبت العيب فى عضو الرجل ووجب لها حق الفسخ ، فخُيرّت ، فإن اختارت الفرقة فرق القاضى بينهما على ما بينا . كما نقول فى البيع إذا شهدت البينة[١] بعيب الجارية وردّ القاضى الجارية بالعيب فى إحدى الروايتين وإن كان لا يردها فى الرواية الأخرى حتى يحلف البائع على العيب على ما قال محمد فى الجامع . [٢]وإن قلن[٢] : إنها ثيب [٣]لم يثبت[٣] العيب إلا أنه لا بد من يمين الزوج على دعوى المرأة إذا . ادّعت أن البكارة ذهبت بغير وطئه . والكلام فى هذه المسئلة فى حالين : أحدهما قبل الآجل والثانى بعد الأجل . فأما قبل الآجل ، فإن اتفقا على البكارة واختلفا فى الوصول إليها بعد ذلك ، ينظر إليها النساء ، فإن قلن : هى بكر يؤجل الزوج سنة وإن قلن : هى ثيب ، لم يؤجّل الزوج ، ويكون القول قوله مع يمينه : بالله لقد وصلت إليها ، إلا أن يقر بأنه لم يصل إليها قبل ذلك [أو] نكل عن اليمين . وإن اختلفا فى البكارة والوصول إليها جميعاً ، فإن الأمر فيه على ما قدمنا أيضاً : ينظر إليها النساء ، فإن قلن : هى بكر ، يؤجل الزوج سنة ، وإن قلن هى ثيب كان القول قول الزوج // [ل ٢٠٩ ب] مع يمينه . فإن حلف سقط دعوى المرأة وتكون امرأته لأن العيب، لم يثبت حكمه . وإن نكل عن اليمين يؤجل سنة على ما قلنا فى شهادة النساء بأنها بكر لأن الزوج قد أقر بأنه لم يصل إليها . وهذا قولهم جميعاً .

كذا قال الشيخ ، وإن كان من أصل أبى حنيفة : لا يحلف فيما لا يصح بذله[٤] من جهة الحكم ، وليس ها هنا معنى يصح بذله ، إذ اليمين إنما تقع على الوصول ، والنكول يقع على نفى الوصول إليها . ونفى الوصول إليها وهو

---

(١) ساقط من ف . (٢) ل : وإن نكن .

(٣) ساقط من ل .

(٤) أى التنازل عن الحق .

معنى يصح . فإنما هو بمنزلة الإقرار عليها فى فسخ النكاح ، فصار كأنه باذل لهذا المعنى . فلذلك حُلّف .

وأما بعد مضى الأجل فإن ادعى الزوج الوصول إليها ، وكانت بكراً قبل الأجل ينظر إليها النساء . فإن قلن : هى ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الظاهر صار معه ، إذ لم يثبت العيب . فلا حقّ للمرأة فى (ه) فسخ العقد إلا أن ينكل عن اليمين أو يقرّ بأنه لم يصل إليها ، فيكون الخيار للمرأة (ه) فى الفسخ والإمضاء . وإن كان ثيبا قبل الأجل والمسئلة بحالها لم ينظر إليها النساء والقول قول الزوج مع يمينه على ما بينا . وإن أقر الزوج بأنه لم يصل بعد الأجل ، وإنما وصل إليها قبل الأجل والأمر على ما قدمنا من الدعوى فى الابتداء أو التأجيل فإن القاضى يخير المرأة فى إمضاء النكاح وفسخه ، من قبل أن العيب قد ثبت فى الابتداء قبل الأجل ، وقد أقر الزوج بأنه لم يصل إليها بعد ذلك . فيكون الخيار إلى المرأة . وقد خرج الأمر من يد الزوج . فعلى هذه الوجوه كلها تجرى هذه المسائل .

737 قال : { وإن اختلف النساء اللاتى ينظرن إليها ، فقال بعضهن : هى بكر ، وقال بعضهن : هى ثيب ، فان القاضى يستظهر فى ذلك بنسوة أخريات[1] ، فيُريهن إيّاها { لأن هذا مما يُشكل ، ويكون حكم الأخريات على ما بينا .

738 فصـــل

قال : { ولا يحتسب // [ف ١٧٤ ب] فى ذلك أيام مرض الزوج التى

(ه) ساقط من ل .

737 (١) فى الأصل : آخرين .

لا يمكن جماعها فيها . وكذلك لو هربت أو حُبس الزوج بمهرها أو غير ذلك "من الديون"[1] لم يُحتسب بهذه الأيام // [ل ٢١٠ أ] إلا أن يكون فى الحبس موضع تكون معه المرأة فيه } . وذلك أن الوطء ليس يتأتى منه فى هذه الأيام ، فلا يجوز أن يعتد بها من الأجل ، إذ الأجل إنما جعل له ليستبرىء فيه حاله فى الوطء ، والوطء غير ممكن . ألا ترى أنه لو أُجّل فأسره العدو[2] من يومه ذلك إلى العام القابل[3] ، ثم ظهر عليه المسلمون ، لم يُحتسب عليه بذلك الأجل . كذلك هذا مثله . وأما أيام حيض المرأة فإنه يعتد بها ، وذلك لأنه وإن كان ممنوعاً من الوطء من جهة الله سبحانه وتعالى ، فإن الأصل فى ثبوت الأجل للعنّين هو عمل السلف . ولم يروَ عن أحد أنه لم يعتد بأيام حيض المرأة حتى يكون التشابه فى كل عصر[4] .

739 قال[1] { فإن حُبست المرأة فى حق لزمها ، فإن كان يصل إليها فى الحبس ويمكنه الخلوة والمبيت عندها احتُسبت عليه تلك الأيام . وإن لم يمكنه ذلك لم يحتسب } لما بينا أن الاعتبار فيه إمكان الوطء وارتفاع الموانع فيما بينهما .

740 قال : { وينبغى للقاضى إذا أجله أن يُشهد على تأجيله إياه على الوقت ، ويثبت ذلك عنده } ، لأن هذا الأجل يثبت[1] من جهة الحكم ، فينبغى للقاضى

---

738 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ف . والمعنى : المقبل .

(٤) ف : عضو .

739 (١) ساقط من ل .

740 (١) ل : المؤقت

أن يثبت ابتداءه حتى يعلم متى ينقضى الأجل ، كما قلنا فى سائر الأحكام أنه يثبتها إذا حكم بها . { فإن مضت السنة ثم مات القاضى أو عُزل قبل أن تخيّر المرأة ، فوُلّى قاض آخر ، فقدمت الزوج إليه وأقامت عنده البينة أن فلاناً القاضى كان أجّله فى أمرها سنة منذ وقت كذا وكذا وأن السنة قد مضت ، أو أقر به الزوج وادعى الوصول إليها ، فإن القاضى الثانى يريها النساء . فإن شهدن أنها بكر خيرها القاضى } . وذلك أن إثبات الأجل كان حكماً من القاضى الأول . ألا ترى أن الزوجين إذا تراضيا على إثبات الأجل فى الابتداء لم يكن له حكم ، وصار وجوده وعدمه سواء . وهذا الأجل حكمه ثابت من جهة الحكم ، فثبت أن الأجل نفسه حكم من القاضى . فإذا أقامت المرأة البينة على مضيّه ، قُبلت ويعتد به ، كما أن المتخاصمين إذا أقام أحدهما البينة على حكم // [ل ٢١٠ ب] القاضى بحق ادعاه على صاحبه قبلت بينته ويُحكم له بذلك . كذلك هذا حكمه ثابت ويعتد به القاضى الثانى ويفعل مع الزوج والمرأة كما كان يفعله الأول ولم يُعزَل . وليس هذا كسماع الشهادة ، إن القاضى الثانى(٢) لا يعتد بذلك السماع لأن السماع لم يتعلق به حكم بعد ، ولذلك افترقا .

741 فصـــل

{ ولو حكّما رجلا فأجل الزوج سنة كما أجل القاضى فلما مضى الأجل أراد أن يخير المرأة فارتفعا إلى القاضى ، فإن القاضى يستأنف التأجيل ولا يلتفت إلى ذلك الأجل } . لأن هذا لا يثبت حكمه إلا عند القاضى . ألا ترى أن الزوجين لو اصطلحا على ذلك لم يجز لأن حكم المحكَّم إنما يجوز اصطلاحهما عليه ، وما لا يجوز الصلح بينهما لم يجز فيه التحكيم . ألا ترى أن الحدود لا يصح فيها التحكيم ، كما لا يجوز لهما إقامتها من غير قضاء قاض ؟

---

(٢) ساقط من ل .

كذلك هذا لم يجز لها أن يصطلحا عليه ، لم يجز // [ف ١٧٥ أ] حكم الحكم فيه . وليس هذا كالحكم بالأموال والحقوق التى تثبت بينهما من وجوه أخرى ، كالإجارات والبياعات وغير ذلك ، لأن ذلك مما يجوز عليه الصلح . ألا ترى أن الطالب لو أجل المطلوب فيما له عليه[١] جاز ، وها هنا لم يجز للمرأة أن تقول للزوج : قد أجلتك سنة حتى يصح أن يجعلاه إلى الحكمَ . فلذلك افترقا .

742 قال : { فإن أجله القاضى سنة فلم يصل إليها فسأل الزوج القاضى أن يؤجله سنة أخرى ، أو شهراً آخر ، لم يجبه القاضى إلى ذلك إلا برضاء المرأة } ، من قِبل أن القاضى قد وجب عليه أن يحكم للمرأة بالتخيير "[١]لأن العيب قد ثبت فى العضو . فينبغى للقاضى أن يحكم بالتخيير"[١] كما قلنا فى سائر الحقوق إذا أقام الطالب البينة على إثباته وجب "[١]على القاضى"[١] أن يحكم للطالب .

قال الشيخ : التخيير لا يثبت للمرأة بمضى الأجل حتى يحضرها القاضى ، لأن مضىّ الأجل ليس هو سبب لوجوب التخيير لها .

قال[٢] : { فإن رضيت أن تؤجله أجلا بعد الأجل الأول فعل ذلك } ، لأن هذا حق للمرأة ، فلها أن تؤخر مطالبته ، كما لها أن تؤخر مطالبة الدين إذا كان لها على إنسان . .

قال : { فإن أرادت بعد ذلك الرجوع فى الأجل فلها ذلك ، ويبطل // [ل ٢١١ أ] الأجل ويخيرها القاضى من قِبل أنها لم تُسقط حقها فى التخيير

---

741 (١) ساقط من ف .

742 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .

وإنما رضيت بتأخير الحكم عن الحال إلى وقت آخر . وإذا كان كذلك فلها أن تطالبه بحقها متى شاءت . كرجل ثبت له على رجل دين عند الحاكم فأراد الحاكم أن يجبر المطلوب على تسليم الدين إليه ، فرضى الطالب بأن يؤخر عن المجلس فلا يُجبر القاضى عليه . وكان ذلك جائزاً . فإن بدا له أن يؤخره فأراد من القاضى أن يجبره على تسليم الدين إليه كان له ذلك . فإنما لم يبطل خيارها بتأخير المطالبة عن الحال من قِبل أن خيارها لم يثبت فى الحال إلا أن يجعل لها القاضى الخيار ، والقاضى(٣) لم يجعل لها الخيار فلا يكون [رضاؤها](٤) بتأخير المطالبة عن المجلس مبطلا لحقها ، كما أن الشهادة إذا أقيمت عند القاضى فلم يحكم بها الحاكم فى المجلس ، ورضى الطالب بأن يؤخر القضاء بها عن المجلس إلى مجلس آخر لم يكن ذلك مبطلا لإنفاذ القضاء بذلك السماع المتقدم .

743 فصـــل

قال(١) : { فإن فرّق القاضى بينهما ثم تزوجها ذلك الزوج تزويجاً مستقبلا بعد الفرقة ، فلم يصل إليها فى هذا النكاح الثانى فخاصمته فى ذلك إلى القاضى وقالت : إنه وعدنى الوصول إلىّ وقال لى إن عنده ما أحبه ، وإنما كنتُ مؤخراً عنكِ ، لم يقبل القاضى ذلك منها ولم يجعل لها خياراً } من قِبل أنها دخلت معه فى العقد مع علمها بعيبه فى العضو ، فصارت راضية بذلك ومسقطة حقها كالمشترى إذا علم بعيب العبد فاشتراه ، لم يكن له رده بذلك العيب .

744 فصـــل

{ ولو كان الزوج وصل إليها فى // [ف ١٧٥ب] النكاح الأول وولدت

---

(٣) ساقط من ل . (٤) فى الأصل : رضى .

743 (١) ساقط من ل .

منه أولاداً ثم طلقها طلاقاً بائناً ، ثم تزوجها ثانية فلم يصل إليها فى هذا النكاح الثانى فهو بمنزلة العنّين { من قِبل أن للعقد الثانى[1] حقوقاً غير حقوق العقد الأول . فكذلك حكم الوطء الحاصل فى العقد الأول لا يُثبته فى العقد الثانى ، بل لها أن تطالبه بالوطء فى العقد الثانى لتتوصل إلى استحقاق مهرها من حيث لا يلحقه الفسخ .

745 فصـــل

{ والإتيان فيما دون الفرج لا يرفع حكم العنة } لإن الجماع فيما دون الفرج لا يوجب استحقاق مهرها // [ل ٢١١ ب] استحقاقاً صحيحاً ، إذ قد يجوز أن يرتفعا بعد الطلاق إلى الحاكم . ألا ترى أن الخلوة موجبة للمهر ولا تستحق المرأة إلا نصف مهرها . ولذلك قلنا إن الجماع فيما دون الفرج كلا جماع فى امرأة العنين .

746 فصـــل

{ ولو كانت امرأة العنّين أمة فإن المطالبة للمولى عند أبى حنيفة وزُفر . وعند أبى يوسف للأمة } . لأبى حنيفة أن المستحق للمهر هو المولى فتكون المطالبة له دون الأمة ، إذ قد بينا فيما سلف أن حق المطالبة بالوطء لأجل استحقاق كمال المهر "استحقاقاً صحيحاً . فإذا كان كذلك ينبغى أن تكون المطالبة ها هنا للمولى إذ المستحق المهر[1] هو المولى . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن حق الوطء للأمة فينبغى أن تكون المطالبة لها . وهذا ليس بقوى لأن المطالبة إن كانت لأجل الوطء كان ينبغى أن تكون للمرأة أبدا مطالبته بالوطء ، وعندهم جميعا أنه لو وطئها مرة واحدة لم يكن لها حق المطالبة

---

744 (١) ل : الأول .

746 (١) ساقط من ل (٢) ل : بقوله .

بعد ذلك . فقد علمت أن المطالبة لم تكن لأجل الوطء وعلمت أنهم إنما اعتبروا جميعاً استحقاق المهر لأن الوطء الثانى وما بعده لا يتعلق به استحقاق المهر . فلا تكون المطالبة له .

747 فصـــل

{ ووصوله إلى امرأة له أخرى لا يمنع مطالبة هذه بالوطء عندهم } للعلة التى ذكرناها لأن حق المطالبة إنما وجب لها لاستحقاق كمال المهر ، ووصوله إلى امرأة أخرى لا يوجب لهذه استحقاق مهرها ، فلذلك لا يمنع مطالبتها له بالوطء. وذكر بعد هذا الباب ثلاثة أبواب كلها مضمنة بهذا الباب ، وقد استوفينا الكلام فى هذا الباب وكرهنا ذكرها للإعادة وخوفا من التطويل .

وقال فى آخر الباب الثالث : { وإن قالت : قد وطئنى مرة ولكنه قد اشتغل بامرأة أخرى له ، فلا خيار لها أيضاً بسبب الوطء . ولكن إذا أرادت أن يكون عندها ويقسم لها المبيت عندها كما يفعل له بامرأة أخرى ، أمره القاضى بذلك وتقدم إليه بالتسوية بينه وبين نسائه } .

أما إسقاط حقها من الوطء الثانى فقد مر الكلام فيه . وأما التسوية فالأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ ﴾[1] . روى أنها نزلت فى شأن//[ل؛ ٢١أ] التسوية بين النساء ، فقسم النبى صلى الله عليه وسلم الوقت بين نسائه . ثم قال « اللهم هذا قسمى فيما ملكته ، فلا تؤاخذنى بما لا أملك »[2] — يعنى ميل القلب والشهوة التى هى فعل الله تعالى . وأفعال النبى عليه السلام إذا وردت مورد البيان تكون على الوجوب . وهذا القسم منه وقع موقع البيان للآية ،

---

747 (١) سورة النساء ، ٤ : ١٢٩ . (٢) قابل أبا داود ، نكاح ، ٣٨ .

فيلبغى أن يكون على الوجوب . وأيضاً قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفتُم ألا تعدِلوا ﴾[٣] - يعنى فى القسم - فمنع من تزويج أكثر من واحدة ، إذا خاف ترك التعديل بين [٤] النساء . فدل ذلك على الوجوب ، لأنه لولاه ما كان يمنعه من التزويج المباح[٤] .

748 باب المجبوب والرتقاء

{ وتخير امرأة المجبوب إذا وقف القاضى على كونه مجبوباً كما تخير امرأة العنين بعد مضى الأجل} للعلة التى ذكرناها فى العنين ، وهى أنها لا تتوصل إلى استحقاق المهر استحقاقاً صحيحاً إلا بالوطء . واستحقاق المهر من حقها لأنه بدل البضع . فإذا لم يحصل لها البدل حصولا لا يلحقه الفسخ كان لها فسخ العقد ، كالبائع إذا لم يحصل له الثمن كان له فسخ العقد . وإنما لم يؤجل كما يؤجل العنين لأن العنين يرجى منه الوطء ولا يوقف على عدم معنى الوطء فى الحال ، إلا أن يستبرىء حاله ، ولا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا بالتأجيل سنة على ما بينا . وأما المجبوب فإنه يمكن الحصول إلى معرفة حاله فى الحال . فإذا وقف على حاله ، ويكون مجبوباً خيرت المرأة فى الحال ، ولا يؤجل ، لأنه لا يرجى منه وجوب الوطء ، فلا معنى للتأجيل . فإذا فرق القاضى بينهما كان لها المهر كاملا ، وعليها العدة عند أبى حنيفة وزفر . وعند أبى يوسف ومحمد لها نصف المهر ولا عدة عليها . وقد مرت هذه المسئلة فى كتاب النكاح .

749 فصل

{ ولو كان الزوج مجبوباً والمرأة رتقاء لم يكن للمرأة خيار فى التفريق} لأنه ليس لها مطالبة بالوطء ، إذ معنى الوطء[١] معدوم من جهتها . فإذا كان كذلك

---

(٣) سورة النساء ، ٤ : ٣ . (٤) ساقط من ل .

749 (١) ساقط من ل .

لم يجب لها الخيار فى الفرقة بسقوط حقها من الوطء والمطالبة به . ومسائل بقية الباب مفهومة من الكتاب // [ل ٢١٢ب] فكرهنا ذكرها فى التعليق وذِكرَ ما بعدها .

750 باب الرجـــل يغيب عن امرأته فتطلب امرأته النفقة

والأصل فى وجوب النفقة للمرأة من مال الزوج مع غيبته حديث هند ابنة عتبة[1] حين جاءت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : إن أبا سفيان رجل شحيح فلا يعطى ما يكفينى وولدى ، أفآخذ من ماله بغير علمه ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم « خذى ما يكفيكِ وولدك بالمعروف »[2] . فهذا الحديث أصل فى هذا الباب . إلا أن القاضى لا يحكم لهـا بالنفقة بإقامتها البينة على التزويج لأن هذا حكم على الغائب ، ولا يجوز حكم على الغائب من غير أن يكون هناك خصم عنه . إلا أن يكون المال وديعة فى يدى رجل أو غير ذلك ، فأقر الذى فى يده المال بكون المال للغائب وبأن المرأة زوجته . فإذا أقر بالأمرين جميعاً حينئذ يفرض لها القاضى من المال ما يكفيها من الدراهم والدنانير ، إن كانت له ، ومن // [ف١٧٦ب] الطعام ما يكفيها ، إن كان له طعام ، ومن الكسوة ، إن كان له من الثياب وديعة . وإن كان غير ذلك من العروض لم يبع ، لأجل النفقة ، على الغائب ، لأن هذا تصرف على الغائب ، ولا يجوز التصرف عليه . وأما إذا

---

750 (١) فى الأصل : هند ابنة ابن عتبة : وزوجها أبو سفيان بن حرب . راجع ابن سعد ، ج ٨ ، ص ١٧٠ .

(٢) فى بخارى ، نفقات ، ١٤ : « . . . وليس يعطينى مايكفينى وولدى الا ما أخذت منه وهو لايعلم . . » .

كانت الوديعة دراهم ودنانير فإنما يفرض منهامقدار الكفاية لإقرار المودَع . ولا يكون حكما على الغائب ، ويكون الغائب على حجته .

751 قال : { وإن أراد الزوج أن يغيب فقالت المرأة أقم لى كفيلا بنفقتى شهراً شهراً ، فإنه لا يُجبر على ذلك . وروى عن أبي يوسف أنه قال : يؤخذ لها كفيل بنفقتها شهراً [شهراً][1] استحساناً } . أما وجه القياس فلأن النفقة لم تجب بعد ، فلا يجوز أن يؤخذ بها كفيل . وأيضاً فإنه لو كانت ديناً لم يُجبر على دفع الكفيل بها كما لا يجبر المطلوب على دفع الكفيل بالدين إذا أراد أن يغضب ، ولكنه يطالَب حتى يقضى الدين أو يحبس به .

752 قال : // [ل٢١٣ أ] { ولو كفل رجل بنفقة امرأة عن زوجها أبدا ، كان جائزاً } . وكذلك قال محمد فى الأصل ، أنه لو كفل بنفقتها عن[1] الزوج ما عاشت ، كان جائزا . وقوله : أبداً ، معناه أبداً ما عاشت . وقال فى الأصل فى كتاب النكاح : لو كفل بنفقتها كل شهر ولم يذكر التأبيد ولا غيره لم يجز . وذلك أنه لم يذكر شيئاً ، والشهور مجهولة ، لأنها لم تقتصر على حال الزوجية ، فأدخل فى الكفالة حال الزوجية وغيرها ، فكثرت الجهالة ، فتفسد الكفالة من هذه الجهة . ولأنه أدخل فى العقد المدة التى تستحق فيها والمدة التى لا تستحق فيها النفقة ، وهى بعد البينونة ، لأن كل شهر ينتظم جميع الأوقات فتفسد الكفالة من هذه الجهة أيضا . وأما إذا قال : ما غبتُ[2] ، فإنه قد اقتصر على حال التزويج كلها تستحق المرأة فيها النفقة ، وجهالتها أيضاً أقل من جهالة كل شهر ، فيجوز إذ بعض الجهالات منفىّ عن الكفالات . ألا ترى أنه يجوز إلى

---

751 (١) لعل هذا هو المراد ، إذ لو كانت المدة لشهر واحد لذكر العدد .

752 (١) ف : على

(٢) كذا فى ل ، ج . وفى ف : عشتِ .

العَطاء[٣] وإلى النيروز وإلى قدوم الحاج، ونحو ذلك . فقوله : أبدا ، مثل هذا لأنه[٤] يريد به حال الحياة. وقد بينا أن حال الحياة يراد به حال الزوجية . ولو كفل بنفقة ولدها أبدا ، لم يجز ، لأن نفقة الولد لا تلزمه أبدا ، إذ قد تسقط بحصول المال بغنى الصبي ، وتسقط بالبلوغ . فإذا كفل بنفقة المـــدة لا تُستحق فيها النفقة والمدة التي تستحق فيها (٥ أيضاً ، صارت مجهولة فلا تجوز . وأما هذه الزوجية فلا تدخل فيها حال لا يجب لها٥) النفقة . فلذلك افترقا .

753 باب النفقة[١] والكسوة

قال : { وإذا طالبت المرأة زوجها بالنفقة فهي امرأته على حالها } ، لأن مطالبتها إياه[٢] بالنفقة لا تنفي النكاح هو الموجب للنفقة ، فكيف يُنفى بمطالبة المُوجَب به ؟

754 قال : { وإذا قالت للقاضي : إنه يُقتر عليّ [ويَضرُّ بي][١] ، فإن القاضي يأمره بالنفقة عليها ، والإحسان إليها } ، وذلك لقوله // [ل ٢١٣ ب] تعالى ﴿ الرِّجال قوامونَ على النساء بما فضَّلَ اللهُ بعضَهُم على بعضٍ وبما أنفقوا من أموالهم ﴾[٢] //[ف١٧٧ أ] وقال تعالى ﴿ ومن قُدِرَ عليه رزقُه فلينفق مما آتاهُ الله ﴾[٣] . وقال تعالى ﴿ والوالِداتُ يُرضِعنَ

---

(٣) أي موعد توزيع العطاءات .

(٤) ل : الولاية . (٥) ساقط من ل .

753 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف .

754 (١) في الأصل : ويضرني .

(٢) سورة النساء ، ٤ : ٣٤ (٣) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٧ .

أَوْلادَهُن حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾
ثمَّ قال ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾(٤)
— يعنى رزق الوالدات . فهذا أيضاً يدل على وجوب نفقة المرأة على الزوج.
ولا خلاف فى ذلك بين الناس . والنبى عليه السلام أباح لهند بنت عتبة زوجة
أبى سفيان أن تأخذ من مال أبى سفيان ما يكفيها وولدها بالمعروف .

755 قال : { ويكون الزوج هو الذى يُنفق عليها إلا أن يكون يُضر بها ولا ينفق عليها . فإذا كان كذلك يأمره القاضى بدفع النفقة إليها حتى تُنفق على نفسها . وأما إذا لم يضر بها فإن عليه أن يُطعمها ويكسوها : وليس عليه أن يعطيها الدراهم والدنانير وغير ذلك . (١ إلا أنها ١) لو أخذت الحنطة أو الدقيق كان لها أن تمتنع من طحن الحنطة وخبز الدقيق ، ويؤمر الزوج بأن يأتى بمن يخبز لها، لأن عليه أن يطعمها ويكسوها(٢) . فإذا كان كذلك كان له أن يمتنع من دفع النفقة إليها ويعطيها الخبز وما تحتاج إليه على وجه الإنفاق . فأما إذا أضر بها فإن لها أن تطالبه بدفع النفقة إليها لأنه لا يُنفق عليها إذا لم يدفع إليها النفقة .

756 قال : { وإذا أراد أن يدفع إليها النفقة ينظر القاضى إلى ما يكفيها من الأدم والدقيق والدهن وحوائج المرأة التى تكون لمثلها ، فيقوم ذلك دراهم ويفرض عليه فى كل شهر ، ويأمره بدفع ذلك إليها .

قال : { وإن كان الرجل مفرط اليسار ممن يأكل (١ الحوارى والحد١) والحملان والدجاج والحلوى ، وهو من أصحاب الموائد ، وهى فقيرة تزوّجها

---

(٤) سورة البقرة ، ٢ : ٢٣٣ .

755 (١) ف : ألا ترى . (٢) ساقط من ل .

756 (١) كذا فى الأصل . ولعله يعنى الحدّ وهو فرخ الحمام .

على ذلك ، فطلبت بنفقتها ، فرض[٢] لها نفقة مثلها من أوساط الناس ، ولا يفرض عليه قدر ما يأكل هو وكذلك الكسوة }. لأنه ليس على الزوج أن يطعمها مما يأكل ولا يُلبسها ما يكتسى هو .

قال[٣] : { وإن كانت المرأة موسرة مثله أجبر على أن يُنفق عليها // [ل ٢١٤ أ] نفقة واسعة } لقوله تعالى ﴿ على الموسِع قدَرُه وعلى المقْتِر قدره ﴾[٤] — وهذا وإن كان فى المطلقات فالزوجات مثل هذا فى المعنى ، فيعتبر يسار الزوج والمرأة جميعاً . فاذا كانا جميعا موسرين أُجبر الزوج على نفقة واسعة . فاذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ، أيهما كان ، لا يجبر الزوج على نفقة اليسار ، وإنما يجبرا على أن ينفق عليها نفقة الأوساط . وإذا كانا جميعاً فقيرين فلها نفقة الفقراء . فصارت النفقة على هذه الوجوه الثلاثة التى بيناها ، إلا أن يكون الزوج فقيراً وهى مفرطة اليسار ، فلا يجبر الزوج على ما لا يُطيق من النفقة ، ولكن يفرض عليه قدر طاقته .

757 فصـــل

قال: { ولا يفرض لأحد موسر نفقة على أحد غير الزوجة ، فانه يفرض لها النفقة على زوجها وإن كانت موسرة } ، وذلك لأن نفقة الزوجة تجب للصلة والمنافع التى تحصل للزوج من جهتها المستحقة بالعقد ، فصار فى التقدير كأنها واجبة // [ف ١٧٧ ب] على وجه البدل . وهذا المعنى غير موجود فى غيرها لأن نفقة غيرها إنما تجب عند حاجة المنفق عليها . وإذا كان غنياً لم يحتج إلى نفقة غيره . ولا يعرف بين الناس خلاف فى هذا .

758 قال : وإن فرض لها النفقة فسألت القاضى أن يحبس الزوج بالنفقة

---

(٢) فى الأصل : فارض : (٣) ساقط من ف .
(٤) سورة البقرة ، ٢ : ٢٣٦ .

فان القاضى لا يحبسه حتى تمضى المدة التى فرض فيها النفقة } ، لأن الحبس إنما يجب عند المنع ، والمنع لا يثبت عند القاضى إلا بمضى المدة ، فاذا مضت المدة ولم يحصل دفع النفقة[1] فان القاضى يحبسه كما يحبس فى سائر الديون إذا امتنع من دفعها .

759 فصــــل

قال : { فان فرض لها القاضى النفقة فمطلها بذلك شهرا ، فاستدانت عليه إن كان عندها ما تأ كل فأنفقت من عندها ، فان النفقة لازمة ، تأخذه بها أبداً ما كان حيا } ، لأن النفقة إذا فرضها عليه القاضى صارت واجبة عليه ، فيلزمه قضاؤها ، كما يلزم قضاء الدين ، ما كانت حية . وهذا أيضاً لا خلاف فيه بين الناس .

760 قال[1] : { فان مات الزوج قبل أن تقبضها لم يكن // [ل ٢١٤ ب] لها أن تقبضها من ماله بعد موته } ، من قبل أنها تجب على وجه الصلة . ومعنى الصلة لا يتأتى بعد الموت ، فلا يجوز أخذها على غير وجه الصلة . الا ترى أن الجزية لما كانت مأخوذة على وجه الصغار لم يجز أخذها على غير وجه الصغار ، وكذلك الزكاة لما كان أخذها على وجه القربة لم يجز أخذها على غير ذلك الوجه ، فتسقط الزكاة بعد الموت لعدم القربة ، والجزية لعدم الصغار ؟ كذلك ينبغى[2] أن تسقط النفقة فيما مضى لعدم معنى الصلة بعد الموت . فان قيل : إن وجوب النفقة لأجل الصلة والوجوب قد تقدم فصارت دينا بعد ما وجبت فينبغى[2] أن لا تسقط كسائر الديون ، والجواب أن أصل الوجوب على معنى الصلة ، والإعطاء على معنى الصلة عندنا . فاذا كان كذلك وجب أن تعتبر حال الإعطاء أيضاً . فان كانت حالا يجوز فيها معنى الصلة فوجب أن يستحق الأخذ ، ولا يلزم على هذا نفقة ما مضى لأن معنى الصلة وإن لم يصح

---

758 (١) مزيد فى الأصل هنا : ويحبسها فى الحال .

760 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

الآن إلا فيما مضى فانه يصح فى حال الإعطاء . فلذلك لم يمتنع إعطاؤها بالنفقة لما مضى . وأيضاً فانا نوجب إعطاء النفقة لها لما مضى بالإنفاق ، وبعد الموت نسقطها للعلة التى ذكرناها .

761 قال : { فإن فرض لها القاضى عليه نفقة ما تحتاج إليه من الدقيق وسائر المؤن فقالت : لا أعمل هذا الطعام ولا أخبز ولا أطبخ ولا أعالج شيئاً منه ، فإنها لا تجبر على ذلك ، وعلى الزوج أن يأتيها بمن يكفيها عمل الخبز والطبخ وما أشبه ذلك } . وذلك لما قلنا إن عليه أن يُطعمها ، والدقيق غير مخبوز لا ينطعم ، وكذلك اللحم غير مطبوخ "لا ينطعم"(١) . فلذلك وجب عليه أن يأتى بمن يصلح لها ذلك .

762 قال : { والناشز لا نفقة لها على زوجها } ، وهى الخارجة من منزل زوجها ، المانعة لنفسها منه ، من قِبل // [ف ١٧٨ أ] أنها قد رفعت معنى الصلة إذ لم تسلم بضعها إليه ، فلا تستحق النفقة لهذا . ولا خلاف فى هذا أيضاً بين الناس .

قال : { وكذلك لو كان المنزل ملكاً لها والزوج ساكن معها فيه فمنعته الدخول عليها ، لم يكن لها نفقة ما دامت على هذه الحال ، إلا أن تكون سألته أن يحوّلها إلى منزله أو يكترى لها منزلا يصيرها فيه ، فيكون لها النفقة عليه فى هذا الوجه } ، من قِبل أنها لم تمنع نفسها منه ها هنا ، وإنما منعته من دخوله دارها وملكها ، ولها أن تمنعه من ذلك . { وأما إذا قال لها : أخرجى من منزلك // [ل ٢١٥ أ] حتى أحوّلك إلى منزل آخر فامتنعت من ذلك ومنعته من الدخول إليها فلا تجب النفقة فى هذه الحال } ، لأنها مانعة لنفسها من الزوج فى هذه الحال ، إذ لم تخرج معه ولم تتركه يدخل عليها .

---

761 (١) ساقط من ف .

763 قال : { وكل ممنوعة عن[1] زوجها ، برضاها كان المنع أو بغير رضاها ، فلا نفقة لها على الزوج } ، مثل أن يغصبها غاصب برضاها أو بغير رضاها فلا يلزم الزوج نفقتها لارتفاع معنى التسليم والصلة ، لأن عليها تسليم نفسها ولا تستحق النفقة . ألا ترى أن الأجرة لمّا كانت مستحقة بتسليم المستأجَر إلى المستأجِر لم يفرّق بين أن يكون المنع من جهة المؤجِّر أو من جهة غيره ؟

{ وكذلك لو جلست فى الحبس[2] لحقّ عليها لرجل فهو مثل هذا } لعدم التسليم . وأيضاً فإن ها هنا تقدر على تسليم نفسها إلى زوجها بأن تقضى حق الطالب وتخرج من الحبس .

قال : { وكذلك لو وجبت عليها حجه الإسلام لحجّت مع محرم ، لم يكن لها نفقة على زوجها } ، لأنها غير مسلّمة لنفسها . ولو كان الزوج معها وجبت النفقة } لوجود التسليم لأنها معه .

764 فصـــل

{ وإن كان للرجل والدة ، أو له أخت ، أو ولد من غيرها ، أو إنسان ذو محرم من الزوج وكانت المرأة نازلة معهم فى منزل واحد فقالت المرأة : أنا لا أنزل مع هؤلاء ولا مع أحد منهم ، فصيرنى فى منزل على حدة ، فلها ذلك } ، لأن سكنى المرأة قد ثبت وجوبه على الزوج ، وهذه السكنى ، إذا كانت مع غيرها ، لا تحصل السكنى لها وإنما تحصل لها ولغيرها . فلها أن تطالب بمسكن تنفرد هى بالسكنى فيه ، إذ السكنى حق لها . وحديث فاطمة بنت قيس يدل

---

763 (١) ساقط من ف .

(٢) ف : السجن .

على هذا أيضاً . الا ترى أن النبي عليه السلام لمّا استطالت على أحمائها قال : « حوّلها إلى منزل آخر »(١) .

765 فصـــــل

{ ولو لم يكن معها غيرها فى السكنى إلا أنها شكت إلى القاضى من جهة الزوج من الضرب والأذى وسألته أن يأمر الزوج(١) أن يُسكنها مع قوم // [ل ٢١٥ ب] صالحين ، يعرفون إحسانه وإساءته إليها ، فإن القاضى ينظر فيما سألت فيه ، فإن كان جيران هذه الدار قوماً صالحين أقرّها هناك وسألهم عن صنيعه بها . فإن ذكروا مثل الذى قالت زجره عن ذلك ومنعه من التعدى عليها } ، من قِبَل أن القاضى منصوب لإيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم ، وحق هذه المرأة أن يُمنع زوجها وغير زوجها من أذيتها وضربها ، إذ ليس للزوج أن يتعدى فى ذلك كما ليس للغير . فإذا //[ف ١٧٨ ب] كان كذلك ولا يتوصّل القاضى إلى معرفة ذلك الأذى من الزوج إلا من الجيران ، فله أن يسأل الجيران عن ذلك فإن ثبت (٢عنده ذلك٢) زجره عنه وأدّبه كما يزجر سائر الناس عن أذى غيرهم .

766 فصـــــل

قال : { وإذا أراد الزوج منع أمها وأبيها أو أختها أو أحد من أهلها من الدخول عليها ، فله أن يمنعهم من دخول منزله ، وليس له أن يمنعهم من النظر إليها وتعاهُدِها . وكذلك لو كان لها ولد من غيره ، لم يكن له أن يمنعها من النظر إليه } لأن حق الزوج لا يوجب قطع الرحم المأمور بالصلة . فلذلك لم يجز له منعها من النظر إليهم والتعاهد لأمرهم .

---

764 (١) لم يرد هذا الحديث فى ونسنك . وكذلك لاذكر له فى ترجمة فاطمة بنت قيس فى ابن سعد ، ج ٨ ، ص ٢٠٠ — ٢٠٢ .

765 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف .

767 فصـــل

{ ولو فرض لها القاضى النفقة فمضت أشهر أو سنون كان ذلك ديناً على الزوج ، سواء أنفقت من مالها أو استدانت من غيرها } . وهذا لا خلاف فيه بين الناس . وكذلك لو صالحت وهى معه على شىء معلوم يصير ديناً بالإجماع أيضاً . وأما إذا مات فإنها لا تأخذ من ميراثه لأن موضوعها للصلة ، ومعنى الصلة معدوم بعد الموت .

768 قال : { والقاضى لا يجوز أن يفرق بينهما إذا عجز عن النفقة } لقوله تعالى ﴿ وإن تعاسرتم فستُرضع له أخرى ، لينفقْ ذو سعةٍ من سعته ومَن قدرَ عليه رزقه فلينفق مما آتاه اللهُ لا يكلّف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعلُ اللهُ بعدَ عسرٍ يسرا ﴾[1] . فدلالة هذه الآية من غير وجه ، أحدها قوله تعالى ﴿ ومن قدر عليه رزقُه فليُنفقْ ﴾ فأمر بالإنفاق بشرط الإقدار عليه . فإذا لم يقدر لم يلزمه الإنفاق لعدم الشرط . والثانى // [ل٢١٦ أ] قوله تعالى ﴿ لا يُكلف الله نفساً إلا ما آتاها ﴾ فإذا لم يؤتها شيئاً لم تكلَّف الإنفاق . والثالث قوله تعالى ﴿ سيجعلُ الله من بعد عسرٍ يسراً ﴾ وهذا خارج مخرجَ الأمر بالصبر على العسر[2] إلى أن ييسره الله تعالى . فمن أوجب الفرقة فقد خالف ما ندبنا الله تعالى إليه . وأيضاً قوله تعالى ﴿ وإن كان ذو عسرةٍ فنظرة إلى ميسرةٍ ﴾[3] . فأمر كل طالب أن ينتظر يسار المطلوب ولا يُحرج عليه على العموم ، فيدخل فيه إقداره أيضاً ، إما داخل فى الماضى أو فى المستقبل ، فلا ينفرد بالقسمة . فإذا كان كذلك لم يحصل إلا هذين القسمين[4] ، ولا يجوز أن يفرق بينهما الماضى كما لا يجوز أن يفرّق لسائر الديون ، ولا يجوز أن يفرق

768(١) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٦ — ٧ .

(٢) ل : المعسر . (٣) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨ .

(٤) كذا فى الأصل والمعنى غير واضح .

للمستقبل ، لأن النفقة للمستقبل لم تجب ، فلا يجوز أن يفرق لذلك . فإذا كان كذلك بطل وجوب الفرقة . وأيضاً فان النفقة عندما تجب على وجه الصلة . وليس (٥في الأصول٥) فرقة تتعلق بالامتناع من الصلة .

فإن قيل ينبغي أن لا يُحبس لهـــذه العلة ولا يطالبَ بالنفقة أيضاً ، والجواب أن وجوب الحبس والمطالبة ثبت بالإجماع ، لولاه ما كنا نحبسه . وأيضاً فإنا نفرض(٦) عليه النفقة(٧) ونأمر المرأة أن تستدين عليه ديناً . فاذا كان كذلك لم يكن فيه إسقاط حقها . فكيف نفرّق بينهما مع حصول حقها ؟ وقد بينا هذه المسئلة فى غير هذا الموضع مستقصاة .

769 فصـــل

قال : { ولو صالحت المرأة زوجها على نفقة // [ف١٠٧٩ أ] لا تكفيها ثم رافعته بعد ذلك إلى القاضى فإن القاضى يزيدها فى النفقة حتى يبلغ بها ما يكفيها ، ويُبطل ذلك الصلح } . وذلك لأن المرأة لم تملك البراءة من هذه النفقة التى تجب لها فى حال ما يبطل القاضى الصلح الأول ، لأن النفقة تجب بالتسليم ، والتسليم الأول لم يكن سبباً فى وجوب النفقة فى هذه الحال ، وإنما كان سبباً فى وجوب النفقة فى تلك الحال ، لأن نفقة الزوج تجب حالا بعد حال . فإذا كان كذلك لم تصحّ البراءة من نفقة لم تجب ، ولا وُجد سبب وجوبها // [ل ٢١٦ ب] بدلالة البراءة من سائر الحقوق أنها لا تصح إلا عند وجوبها أو وجوب سببها . فالعقد هو السبب الموجب للنفقة كعقد الإجارة هو سبب لإيجاب الأجرة ، فالجواب أن عقد النكاح عندنا لا يستحق به النفقة لأن نفقة الزوجية تجب على معنى الصلة والاستمتاع . وعقد النكاح لا يحصل به هذا المعنى . وإنما هو

---

(٥) ساقط من ل . (٦) ل : تقرر .

(٧) .زيد فى الأصل هنا : ونهملها .

سبب لإباحة الوطء وتمليك البضع ، فصار سبباً لوجوب المهر . كعقد الإجارة الذى هو سبب لوجوب الأجرة ، [1] وسبب وجوب النفقة [1] إنما هو التسليم دون العقد . ومما يدلّك على أن العقد لا يجوز أن يكون سبباً لوجوب النفقة أنه يوجل مع عدم وجوب النفقة ، وهو العقد على الرضيعة التى لا يصح منها التسليم . فاذا بلغت وصح التسليم منها ، وسلمت نفسها وجبت النفقة لها . فلو كان العقد سبباً لوجوب النفقة لم يصح وجوده مع عدم النفقة . كالمهر لما كان موجبا بالعقد لم يصح عدمه مع وجود العقد . ولا يلزم على هذا . عقد الإجارة لأن العقد ثمة أيضاً لا يكون سبباً لوجوب الأجرة ، لأنه لوكان سبباً لوجبت الأجرة وإن لم يستوف المنافع . فلايلزم على ماقلت . فاذا كان كذلك ثبت أن عقد النكاح لا يكونَ سبباً لوجوب النفقة ، وأيضا لو كانت النفقة واجبة بالعقد لكان يحصل للبضع بدلان ، بدل مهر ، وبدل هو نفقـــة . وليس فى الأصول تمليك بدلين عن مُبدَل واحد . فاذا ثبت كون المهر بدلا بالعقد وجب [2] أن ينتفى بثبوت بدل آخر أيضا لعدم نظيره فى الأصول فاذا كان كذلك وجب [2] أن لا تصح براءتها من النفقة التى تجب لها بعد الصلح ، لكون البراءة واقعة عمّا لم يجب بعد ، قياسا على البراءة من سائر الحقوق قبل ثبوتها . والمعنى الجامع بينهما وقوع البراءة عما لم يملك المشترى .

قيل للشيخ : فما الفرق بين هذه النفقة و بين نفقة المختلعة إذا خالعها زوجها على نفقتها ؟ إن الخلع واقع ويبطل نفقتها . فامتنع من جواب هذا السؤال // [ل٢١٧ أ] . ودافع السائلَ بأن هذا ليس موضعه حتى قرأ وأخذ من كتاب النكاح هذه المسئلة بعينها فى الحال ، وهى من مشكلات المسائل . فقال فى التحصيل : إن نفقة المعتدّة غير تلك النفقة التى تجب فى حال الزوجية بدلالة أن سكناها غير السكنى التى كانت فى حال الزوجية . ألا ترى أن لها أن تبيت

---

769 (١) والمنفعة .   (٢) ساقط من لو .

عن منزلها(٣) فى حال الزوجية وتنتقل // [ف ١٧٩ ب] مع زوجها إلى أى موضع شاء . وليس لها هذا فى العدة ولا تبيت عن منزلها فى الليل ؟ فاذا كان كذلك ثبت أن هذه السكنى والنفقة غير الذى كان لها فى حال الزوجية . فاذا كان كذلك لم يخـلُ من أن يكون سبب وجوب النفقة الفرقة أو تسليم نفسها فى منزل زوجها . [ولا يجوز](٤) أن يكون السبب الموجب لها هو التسليم. ألا ترى أن المرتدة إذا بانت من الزوج بالردة ثم تابت تـكون مسلمة نفسها ، لأن التسليم يصحّ منها ، ومع ذلك لا تستحق النفقة . وكـذلك الأمة إذا طُـلقت صح تسليمها ولا نفقة لها للعدة ، وإن عتقت أيضا لوجود الفرقة غير موجبة (٥ للنفقة . فقد بان لك أن التسليم لا يكون سببا لوجوب نفقة المعتدة، وجب٥) أن يكون المسبب الموجب لها هى الفرقة . فهذا وجه . ومما يدلك على هذا أن كلّ فرقة لم تتعلق بها وجوب النفقة لم (٦ يجب لها بعد ذلك النفقة بحال . وكل فرقة تعلق بها وجوب النفقة٦) ثم طرأ عليها معنى يمنع وجوب النفقة ، إن النفقة تجب لها متى ارتفع ذلك المعنى . فمن ذلك قالوا فى الأمة التى قلنا إن زوجها إذا طلقها لم تجب عليه النفقة لوقوع الفرقة غير موجبة للنفقة، لم تجب لها بعد ذلك النفقة صحّ منها التسليم أو لم يصح . (٧ وكذلك المرتدة لمّـا لم يجب لها النفقة لوقوع الفرقة من جهتها بمعصية ، لم تجب٧) لها النفقة بعد ذلك أبداً ، تابت أو لم تتب ، لوجود السبب غير موجب للنفقة . وقالوا فى المطلقة إذا ارتدت ثم تابت وجب لها النفقة لوقوع الفرقة موجبة (٨ للنفقة ، فلا يرتفع ذلك الوجوب متى ما رجعت إلى حال العدة . وكذلك الناشزة بعد الطلاق متى ما رجعت لم تبطل نفقتها لوجود الفرقة الموجبة٨) لها . فقد بان لك

---

(٣) أى تبيت خارج منزلها .

(٤) فى الأصل : ولا جائز .

(٥) ساقط من ل

(٦) ساقط من ل .

(٧) ساقط من ل .

(٨) ساقط من ل .

أن السبب الذى تجب فيه نفقة المعتدة إنما هو الفرقة ، وأن النفقة متى لم تجب سقطت ، وأن التسليم لا تأثير له فى وجوب نفقة المعتدة متى لم تتقدمه الفرقة الموجبة للنفقة . فاذا صح أن نفقة المعتدة يتعلق وجوبها بالفرقة الواقعة من غير جهة المرأة بمعصية ، قلنا إن البراءة تصح منها مع وجوب السبب //[ل٢١٧ب] إذ السبب هو الفرقة بالخلع ها هنا . والبراءة منها شرط فى نفس الخلع . فيصح بدلالة البراءة من الرد بالعيب . والمعنى الجامع بينهما وقوع البراءة فى العقد الموجب المبرّأ منه ، لأن عقد الخلع ها هنا موجب للنفقة كما أن العقد ها هنا موجب للرد بالعيب .وكما صح البراءة من الردبالعيب بنفس العقد صح البراءة من النفقة بنفس الخلع . والمعنى الجامع بينهما ماذكرنا من وجوب السبب الموجب لما يقع منه البراءة . فهذا فرق بين البراءة من نفقة الزوجية وبين البراءة من نفقة المعتدة بالخلع على وجه الشرح والبيان .

وأما على وجه الاختصار فالفرق بينهما أن المختلعة أبرأت الزوج من النفقة عند وجود السبب الموجب لها . والزوجة أبرأته قبل وجود السبب الموجب لها . فإن قيل : فلِمَ قلت //[ف ١٨٠ ب] إن الخلع سبب ، والتسليم فى الزوجة ليس سببا ببراءة ما ذكرنا ؟ وإن قيل : أليس الناشز إذا امتنعت من تسليم نفسها فى منزل زوجها لم تجب لها النفقة مع وجود الفرقة ؟ فقد ثبت أن الفرقة ليست سببا لوجود النفقة . فالجواب أن الناشز قد وجب لها النفقة إلا أنها أسقطته بالنشوز . وليس يمتنع فى الأصول أن يجب الشىء لوجود سببه ثم يسقط فى الثانى لمعنى آخر . ألا ترى أن النكاح يثبت لوجود المهر ، ومع ذلك فالرجل إذا زوج أمته من عبده جاز النكاح ويثبت المهر ثم يسقط عن العبد لأن المولى لا يثبت له على عبده دين . كذلك ما ذكرنا مثله .

فإن قيل : لو كانت الفرقة سببا لوجوب النفقة لكان لها أن تبرىء الزوج منها بعد الفرقة أيضاً لوجود السبب ، فالجواب ما مرّ .

770 قال الخصاف : { وكذلك إن فرض لها عليه القاضى نفقة وهو معسر ثم أيسر بعد ذلك ، زاد هذا القاضى على تلك الفريضة } . وذلك لما بينا أن النفقة تجب حالا لحالا ، فإذا أيسر فى الحال الثانى فعليه نفقة الموسرين لأن السبب الموجب لهذه النفقة هى الحال التى وجدت غير حال الاعتبار . // [ل ٢١٨ أ] فلذلك زاد فى نفقتها .

771 قال : { وإن أبت المرأة أن تتحول مع زوجها إلى منزله أو إلى بلد آخر فلا نفقة لها } لأنها ناشز ولا نفقة للناشز على الزوج . وإنما كانت ناشزاً لأن عليها أن تخرج مع زوجها وإن كان عقده النكاح وقع فى هذا البلد ، من قبل أن عقد النكاح قد استحق عليها الكون فى منزل زوجها ، وبدلالة قوله تعالى ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِن حَيْثُ سَكَنتُم ﴾(١) . فإذا كان كذلك فللزوج أن يختار لنفسه أى منزل شاء ، ويجب عليها أن تنتقل معه حيث انتقل .

772 فصــــل

{ وإن كان لم يعطها مهرها فأبت أن تجيبه إلى ما أراد فلها النفقة } لأن المنع جاء من قِبل الزوج ها هنا حيث لم يُعطها مهرها ، فلها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها ، إذ المهر بدل البضع . وهذا قد ملك استباحة البضع ، فينبغى أن يحصل لها بإزائه تمليك المهر . ولا يتعين الملك لها إلا بالقبض ، كما قالوا فى الثمن للبائع .

773 فصــــل

{ فإذا فرض القاضى لها النفقة فلم تقدر على قبضها بوجه من الوجوه فإن القاضى يأمرها أن تستدين عليه ، ويلزم الزوج ذلك } .

---

771 (١) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٦ .

قال الشيخ : لا يلزم الزوج ذلك الدين لأنها هى التى تولت عقد المداينة، ولكنها ترجع عليه بذلك ، أو يُحال الغرماء عليه حتى تقبضها ، من قِبل أن النفقة تصير دينا بفرض القاضى بالإجماع ، فيصير هذا أصلا فى كونها دينا وإن كان وجوبها عندنا على وجه الصلة .

قال : { وإن كان له مال حاضر أدى القاضى إليها من ذلك نفقتها } . والأصل فى هذا حديث هند أن النبى عليه السلام أمرها بأن تأخذ من مال أبى سفيان ما يكفيها ويكفى ولدها بالمعروف[1] . وهذا الخبر أصل فى أن كل مَن له على آخر شىء فيقدر على أخذه من جنسه جاز له أخذه .

774 قال : { فإن كان عقارا لم يبع // [ف ١٨٠ ب] القاضى عليه عقاره فى النفقة ولا فى الدين عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : يبيع القاضى عروضه وأمواله فى النفقة والدين جميعاً } .

قال الشيخ : هذا محمول[1] على أن الزوج حاضر . فأما إذا كان غائباً فلا يجوز للقاضى أن يبيع // [ل ٢١٨ ب] عليه شيئاً من ماله ، وإنما يأمر المرأة أن تأخذ من ماله نفقتها إن كان فى ماله جنس النفقة والكسوة ، وإن كان دراهم ودنانير حتى تنفق على نفسها . وإن كانت حنطة أو طعاماً أذن لها فى أخذ مقدار الكفاية . وكذلك الكسوة . فأما إذا لم يوجد من ذلك شىء فلا يبيع عليه شيئاً لأن فيه حكما على الغائب ، ولا يجوز له أن يحكم على الغائب .

775 قال : { وإن اختلفت هى والزوج فقالت : هو موسر ، وقال الزوج : أنا معسر ، فالقول قول الزوج ، ويفرض عليه نفقة المعسر } ، من

---

773 (١) أنظر أعلاه فقرة 750 ملاحظة ١ — ٢ .

774 (١) ساقط من ف .

قبل أن الأصل الإعارة . قال النبي عليه السلام «كلّ مولود يولد أحمر ليس عليه قشرة ثم يرزقه الله تعالى ويعطيه»[1] . فإذا كان الظاهر مع الزوج أنه غير مالك للملك فيكون القول قوله .

قال : { فإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوجة } من قبل أن بينتها تثبت الغنى وبينة الزوج تنفيه ، فتكون المثبتة للغنى أولى من النافية .

776 قال : { فإن كفل كفيلا بنفقة كلّ شهر لم يجز إلا الشهر الأول } لأن «كلّ» يدخل فيه حال الزوجية وغيرها . وليس هذا حال كفالة بنفقتها إنها لا تجوز أبداً .

777 قال : { فان أعطاها كسوة فهلكت منها أو خرقتها قبل الوقت فليس عليه شيء حتى يأتى الوقت وإن مضى الوقت الذى لا تبقى فى مثله تلك الكسوة فلها الكسوة وإن لم يتخرق ذلك } .

الأصل فى هذا أن الكسوة لما صارت ديناً بفرض القاضى فى ذلك الوقت فالاعتبار بالوقت دون الكسوة تخرقت أو لم تتخرق إذ المعنى الموجب لها وجود التسليم فى ذلك الوقت أو وجود سببه إذا انضم إليه فرض القاضى.

قال الشيخ : وقالوا فى نفقة ذى الرحم مثل هذا ، إذا ملك لا يفرض لها ثانياً حتى يمضى الوقت . روى هشام فى نوادره[1] أن ذا الرحم المحرم إذا سُرقت [2]النفقة أو ضاعت فانه يفرض لها ثانياً . إلا أنهما خالفا من وجه آخر وهو أن[2] نفقة ذى الرحم المحرم لو بقيت بعد مضى الوقت لم يُفرض له

---

775 (١) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٣ ، ص ٤٦٩ : فإن الإنسان تلده أمه أحمر ليس عليه قشرة ثم يرزقه الله عز وجل .

777 (١) هو هشام بن عبيد الله الرازى ، فقيه حنفى أخذ عن أبى يوسف ومحمد ، وتوفى سنة ٢٠١ هـ .

(٢) ساقط من ل .

شيء آخر حتى تفنى تلك النفقة ، وفى الزوجة يفرض لها النفقة إذا مضى الوقت من قبل أن نفقة ذى الرحم تجب على //[ل ٢١٩ أ] وجه الحاجة . ألا ترى أنه لو أيسر سقطت نفقته ، والمرأة لا تجب نفقتها لهذا المعنى لأنها تجب مع كونها موسرة ؟ فلذلك افترقا .

فقيل للشيخ لِمَ لا يفرض لذى الرحم مرّة أخرى إذا ضاعت ، إذ العلة فى وجوبها هى الحاجة ؟ فقال : أرأيت لو ضاعت له ثانياً أكنّا نفرض له مرة أخرى ؟ فان كان مايأخذه منه يجب عليه أن يعطيه أبداً ليس هذا هكذا . وإن //[ف ١٨١ أ] كان على وجه الحاجة إنما عليه أن يعطيه مرة واحدة فى كل مدة ، ويكون على وجه الحاجة ، فان ضاعت يسأل الناس حتى يجيء وقت الفرض .

778 قال : { فإن أعطى الزوج نفقة سنة[١] أو أكثر أو أقل فماتت المرأة فى بعض السنة وذلك قائم فإنه ميراث لورثتها ، ولا يُرد على الزوج . وقال محمد : ينظر إلى ما مضى من الوقت فيكون قدر ذلك من النفقة والكسوة ميراثاً لورثتها ، ويرد الباقى على الزوج ، وإن كانت قد استهلكته صار ذلك القدر ديناً فى مالها للزوج } . لأبى حنيفة وأبى يوسف أن تلك النفقه قد وقعت على وجه الصلة ، والصلات بعد الموت لا يجوز فسخها ، كما لا يجوز ابتداء الصلات بعد الموت . ألا ترى أنهم لم يختلفوا أن النفقة إذا كانت على الزوج فمات لم تصر ديناً عليه فى ماله لكونها صلة ، ومعنى الصلة لا يصح بعد الموت ؟ كذلك ها هنا قد وقعت النفقة على معنى الصلة . وفسخ الصلة بعد الموت لا يصح . فلذلك لم يرجع [على] الزوج بشيء . وأما محمد فإنه جعلها بمنزلة دين قضاه على أنه عليه ، فإذا لم يكن عليه فله الرجوع[٢] فيه ، إلا أن

---

778 (١) ل : نفسه (٢) ل : الزوج .

هذا أيضاً يوجب على أن يحمل ما لها عليه إذا مات أن يصير ديناً فى ما له كسائر الديون .

779 قال : { ولا يقضى بالنفقة فى مال أحد ممن يجب عليه النفقة إذا كان رب المال غائباً خلا الوالدين والولد والزوجة } . أما الزوجة فالأصل فيه ما ذكرنا من حديث هند . وأما الولد فمثل الزوجة فى النفقة . ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين ﴾[1] الآية ، ثم عطف عليه قوله // [ل٢١٩ب] ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾[2] فسوّى بين نفقة الزوجة والولد فى الوجوب . فينبغى أن يجريا فى الوجوب مجرى واحداً ما لم تقم دلالة التخصيص . وأما نفقة [الوالد][3] فلأن النبىّ عليه السلام قال فى [الوالد][3] « أنت ومالك لأبيك »[4] فللأب أن يأخذ من[5] ماله ما احتاج إليه بقوله صلى الله عليه وسلم . فلذلك يفرض القاضى له النفقة . وأما الوالدة فهى مثل الوالد . والوالد إن يأخذْ من ماله من النفقة مقدار كفايته ، أو بفرض القاضى ، كانت الأم إلى أخذه أولى . ولا يلزم على هذا بيع الوالد من ماله سوى العقار بالنفقة إذا كانت دون الأم على قول أبى حنيفة ، لأن الأب إنما اختُص هناك بالبيع لأن له ولاية التصرف ، بما ليس للأم . ووجوب النفقة ليس من الولاية فى شىء ، لأن الولد الصغير يجب على الأب النفقة [عليه] ولا ولاية فى مال الأب ولا فى مال نفسه أيضاً . وكذلك غير الأب ممن تجب له النفقة على الغير لا تصرُّف له فى ماله مع وجوب النفقة . فقد بان لك أن وجوب النفقة لا تعلُّقَ لها بالولاية .

---

779 . (١) سورة البقرة ، ٢ : ٢٣٣ .

(٢) سورة البقرة ، ٢٣٣ .

(٣) فى الأصل : الولد .

(٤) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ١٧٩ . أنت ومالك لوالدك . . . .

(٥) ساقط من ل .

780 قال : { وأما سواهم فإنما // [ف١٨١ب] لم يكن للقاضى أن يفرض لهم النفقة لأنه قد ثبت عندنا بطلان القضاء[1] على الغائب } . وفى فرض النفقة لهؤلاء حكم على الغائب . فلذلك أبطلنا فرض القاضى لغير مَن ذكرنا من الوالدين والولد والزوجة . فجوّزنا فرضه لهؤلاء للدلائل التى ذكرناها . وتجب لهؤلاء لأن النفقة على الرجل [أ] كانوا كفاراً وهو مسلم فلا تجب لغيرهم النفقة عليه . أما نفقة الزوجة فلا خلاف بين الناس فى وجوبها . وأما نفقة الولد الصغير فهو مثل نفقة الزوجة لما بينا . إلا أنه ليس يتحصل صغيراً كافراً وأبوه مسلم . وليس يجىء من الإبن الكبير أيضاً وإن كان ذمّياً لأن نفقة هذا لا تلزم الأب المسلم . فمسئلة الولد ليس تتأتى فى ولد الصلب [لحسب] وتتأتى فى ولد الولد ، وهو مثل الولد من الصلب إذا كان صغيراً وأبوه ميت أو فقير أو كافر زَمِن . وأما نفقة الوالدين فوجوبها ثابت[2] بقوله تعالى ﴿ وإنْ جاهداكَ على أنْ تُشرِكَ بى ما ليسَ لكَ بهِ عِلمٌ فلا تُطعْهُما وصاحِبْهُما فى الدُّنيا // [ل ٢٢٠ أ] مَعْرُوفاً ﴾[3] فأمر بمصاحبتهما بالمعروف مع كونهما كافرين .

781 مسـألة

{ وقال أبو حنيفة : إن باع الوالد من[1] متاع ولده وهو كبير غائب فأنفق ذلك على نفسه وهو محتاج إليه أجزْتُ ذلك استحساناً . فأما العقار فإنه لا يجوز بيعه فيه . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز بيع الأب بشىء من ذلك } . وجه القياس وهو قول أبى يوسف ومحمد أن الكبير لا يُولى عليـــه ، فلا تثبت للأب ولاية التصرف فى ماله . فلذلك لم يجز . ووجه

---

780 (١) ب : القاضى . (٢) ساقط من ل .
(٣) سورة لقمان ، ٣١ : ١٥

781 (١) ساقط من ل .

الاستحسان أن النبي عليه السلام قال « أنت ومالك لأبيك » ، لم يخلُ من أن يكون المراد به إثبات مال ابنه(٢) ملكاً للأب ، لأن هذا يوجب منع الإبن من التصرف فى ماله تصرف الملاك . ولا خلاف بين الناس فى جواز تصرفه فى ماله تصرف الملاك فى أملاكهم من الوطء لجواريه وعتق مماليكه وجواز الإيسار والتصرف فيه بالمعروف على حسب مراده ، ثبت أن المراد به إثبات حق الآخذ من ماله عند الحاجة . فوجب أن يجوز أخذ ماله وبيعه لينفق على نفسه بهذا الخبر . فهذا وجه . ووجه آخر وهو أن الآب كان له ولاية التصرف فى مال الإبن فى حال الصغر ونقل ماله إلى ملكه بالبدل . فلما بلغ الصبي وملك أمر نفسه زالت ولاية التصرف فى ماله . ولم تزل ولايته فى الآخذ عند الحاجة . فلذلك جاز بيع سوى العقار . ولا يلزم على هذا جواز أخذ الأم من ماله فى حال الصغر والكبر عند الحاجة . ومع ذلك لا يجوز بيع ماله للنفقة من قِبل أن الأم لم يكن لها ولاية التصرف فى حال صغره أيضاً ، فلا يكون لها ولاية التصرف فى حال الكبر . فإنما كان أخذ ما تحتاج إليه من ماله عند الحاجة حسب . فأما التصرف فإنها لا تملك . وأما الآب فإن له ولاية باقية عند الحاجة . فلذلك افترقا .

ومما يوضح لك هذا أنهم قالوا فى الأب إذا استولد جارية الإبن تكون // [ل ٢٢٠ ب] أم ولده لأنه كان له ولاية النقل بالبدل ، فلا تجوز تلك الولاية بالبلوغ . وكذلك ها هنا // [ف ١٨٢ أ] لمّا كانت له ولاية التصرف والأخذ عند الحاجة لم تزل تلك الولاية ، وينبغى أن يكون هذا فى ابتداء هذه العلة — إنه كان له ولاية التصرف فى ماله لأجل النفقة عند الحاجة بغير بدل يلزمه بدلالة أن الآب إذا كان فقيراً وللصغير مال ، جاز له أن يبيع من ماله ما شاء ، وينفق على نفسه وعلى الصغير . فإذا بلغ الصبي وزالت ولاية الآب

---

(٢) ف : أبيه .

فى التصرف فى ماله لم يوجب زوال تلك الولاية عند الحاجة ، كما لا تزول ولايته عندهم جميعاً فى نقل الجارية التى استولدها بالقيمة لوجوبها فى حال الصغر . وأما العقار فإنما لم يجز بيعها لأنه قد ثبت ولاية التصرف فى غير العقار لمن لا ولاية له فى التصرف فى العقار . ألا ترى أن وصى الأب يجوز له[٣] بيع ما عدا العقار على الكبير الغائب ؟ فكذلك وصىّ الأم والأخ . كذلك ها هنا يجوز أن يثبت للأب ولاية التصرف[٤] فى غير العقار وإن لم يجز تصرفه فى العقار . فأما بيع الأم لذلك فى نفقتها فلا يجوز فى قولهم من قِبل أن الأم لا ولاية لها فى التصرف على الكبير كما لم يكن لها ولاية فى حال الصغر .

782 قال : { ولو كان فى يدى الوالدين مال لولدهما فأنفقا منه وهما محتاجان إليه لم أضمنهما ذلك } ، لأن لهما أن يأخذا من ماله مقدار الحاجة كما بينا فلا يلزمهما ضمان ما كان لهما أخذه .

قال : { فإن كان المال فى يدى أجنبى فأعطاهما من ذلك قدر[١] نفقتهما بغير أمر القاضى كان ضامناً لما أعطاهما من ذلك المال } ، من قِبل أنه لم يكن مالكاً للدفع وإن كانا يملكان أخذ مال الإبن للنفقة . ألا ترى أن الغريم يملك أخذ مثل الدين من مال الذى عليه ، ومع ذلك لو أن رجلا أخذ من مال الذى عليه الدين مقدار الدين ودفع إلى الغريم الطالب ، وجب عليه ضمان ما أخذ لكونه غير مأمور بالدفع . كذلك ما ذكرنا مثله . ولا يشبه هذا أحد //[ل ٢٢١أ] الوصيّين إذا قضى دين الغرماء لم يضمن شيئاً لأن له ولاية التصرف مع صاحبه . فإذا فعل ما قد استحق عليه قبضه لم يضمن . وفى مسئلتنا ليس للمودَع ولاية فى دفع النفقة ، ولذلك افترقا .

---

(٣) ساقط من ف .   (٤) ساقط من ف .

782 (١) ساقط من ف .

783 قال : { والعبد إذا تزوّج حرة بإذن مولاه ُيجبر على نفقتها، وتكون النفقة ديناً فى عنقه إذا فُرض ذلك } ، من قِبل أن المعنى الموجب للنفقة على الحر للزوجة موجود ها هنا، وهو التسليم .

قيل للشيخ : أليست نفقة الزوجة تجب على وجه الصلة فينبغى أن لا يلزم العبد لأنه لا يملك الصلة ؟ فقال : إن العبد وإن لم يملك الصلة (١)فالمولى يملكها(١) كما أنه لا يملك عقد التزويج ، وإنما المولى يملكه . إلا أنه يصير مالكا للعقد بإذن المولى(٢) . كذلك يصير ممن تلزمه الصلة بإذن المولى . وكما لا يملك التصرف فى المال ولا يلزمه بقوله شىء فى المال ، ثم إذا أذن له مولاه فى التصرف (٣)كان إقراره بالدين صحيحاً(٣) ويلزمه فى عنقه ويباع به . كذلك ما ذكرنا من الصلة ، وإن لم يكن يملكها . فاذا أذن المولى له فى النكاح يلزمه كما يلزم الحر .

784 قال : { وإذا كان أحد الزوجين صغيراً أو هما جميعا ، فالاعتبار // [ف ١٨٢ ب] فى وجوب النفقة للمرأة دون الرجل فان كانت بحال تصلح للجماع وجبت النفقة إذا سلمت نفسها فى بيت زوجها سواء كان زوجها صغيراً أو كبيراً بالغاً } . وذلك لأن المعنى الموجب للنفقة هو تسليم نفس المرأة فى بيت زوجها ، صحّ من زوجها الجماع أو لم يصح . الا ترى أن المجبوب تلزمه النفقة مع عدم الوطء . وكذلك المريض المضنى تلزمه النفقة مع عدم الوطء والاستمتاع من جهته فى هذه الحال ؟ فاذا كان كذلك وجب أن تكون النفقة فى مسئلتنا أيضاً واجبة ، وإن كان معنى الوطء والاستمتاع معدوماً من جهة الزوج . وأما معنى الصلة // [ل ٢٢١ ب] فانها لا تمنع وجوب النفقة فى مال الصغير ، وإن لم يكن للأب أن يدفع مال الصبى على وجه الصلة والمعروف

---

783 (١) ل : فالمرأة الصلة .　　(٢) ف : الزوج .
(٣) ف : جاز اقراره بالدين .

لأحد ، من قِبل أن هذه النفقة قد جرت فى الوجوب مجرى سائر الديون إذا فرض القاضى بالإنفاق ، فينبغى أن تلزم الصبى أيضاً . .

قال الشيخ : ومما يدل على هذا أن البضع لا قيمة له ومع ذلك للأب أن يُلزم الصغير مالا بتمليكه البضعَ . كذلك هذا . قيل له : إن البضع له قيمة فى دخوله فى ملك الزوج . فقال : أليس لم يكن له قيمة قبل ذلك ، وجاز للأب أن يعقد عليه[1] ويجعل له قيمة بالعقد ؟ كذلك ها هنا . وإن لم يجز أن يُلزم الصبى مالا بغير بدل جاز له أن يُلزمه على وجه العقد . ألا ترى أن له أن يلزمه نفقة المماليك وإن لم يكن بازائها بدل لما يعود نفعه إليه فى الثانى . كذلك نفقة الزوج مثله .

785 باب نفقة المطلقة

ذكر فى صدر هذا الباب أحاديث عن التابعين ثم قال عقبها : { وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائنا أو واحدة بائنة فلها النفقة والسكنى على زوجها ما دامت فى العدة } . وقد مر هذا فى غير موضع .

786 قال : { وإذا ادّعت حبلا أنفق عليها ما بينها وبين سنتين من يوم طلقها } ، لأن القول قولها فى انقضاء العدة ، فصار قولها . كبينتها ، فلذلك تستحق النفقة ، ما لم تقرّ بانقضاء العدة . { وكذلك لو زاد على أكثر من سنتين وقالت : ظننت أنه حبل ، والآن هذا ريح ، وإنى لم أحض بعد كان القول قولها فى انقضاء عدتها وإن طالت } ، لكون[1] قولها كالبينة فى انقضاء العدة لقوله تعالى ﴿ ولا يحلُّ لهُنَّ أن يكتمن ما خلقَ الله فى أرحامهن ﴾[2]

---

784 (١) ساقطا من ل .

786 (١) فى الأصل : ليكون . (٢) سورة البقرة ، ٢ : ٢٢٨

روى فى التفسير أن المراد به الحيض والحبل . وذكر ببقية الباب مسائل النكاح فكرهنا إعادتها .

787 قال : { والمطلقة الصغيرة // [ل٢٢٢] المدخول بها إذا حاضت بعد مضى العدّة فعدّتها الحيض } ، وذلك لقوله تعالى ﴿ والمطلقاتُ يتربصنَ بأنفسهنَّ ثلاثة قروءٍ ﴾[1] وهذه مطلقة وإن كان الطلاق قد تقدم الحيض فينبغى أن تكون تحت العموم .

788 باب نفقة الصّبيان

ذكر { حديث الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس فى قوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ثم قال ﴿ لا تضارَّ // [ف١٨٣ أ] والدةٌ بولدها ﴾[1] قال : لا تضار [هنا][2] فيُنزع ولدها منها عند عزمها على الفرقة ولا مولود له يولّده[3] } .

قال : { لا تضار هى فتلقى الولد على الأب ﴿ وعلى الوارثِ مِثل ذلك ﴾ فلا يضار } . فأفادتنا هذه الآية التى ذكرها ابن عباس ستة أوجه : أحدها أن أجر الرضاع على الوالد ، بقوله ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ والثانى أن أجر الظِئر يجوز أن يكون كسوة وطعاماً مجهولا على ما ذكر فى الآية ، والثالث أن الأب لا يشارك أحداً فى نفقة الصغير ، والرابع أن نفقة الصغير تجرى مجرى نفقه الزوجة [4]لاستوائهما فى الوجوب بالآية ، والخامس أن الأم أحق بالولد ما دام صغيراً لقوله تعالى ﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾ على

---

787 (١) سورة البقرة ، ٢ : ٢٢٨

788 (١) سورة البقرة ، ٢ : ٢٣٣

(٢) فى الأصل تضارها . (٣) المعنى غير واضح .

(٤) ساقط من ل .

ما فسر ابن عباس ، والسادس أن ما عدا الأب لا يلزمه نفقة الصغير على قدر الميراث بقوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾[٥] لأن ما قاله ابن عباس لا يمنع ما قلنا ، إذ العطف جائز أن يكون على النفقة والمضارة جميعاً ، فيكون على الأمرين .

قال الشيخ : وهذا المعنى ، يعني قوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ يدل على أن الأب لا يشارك في نفقة الصغير لأن حكم المعطوف ينبغي أن لا يكون غير حكم المعطوف عليه . فلما كانت النفقة //[ل٢٢٢ب] على الورثة بقدر الميراث وجب أن [ما] يكون على الأب لا يكون على وجه الميراث ، وأن تلزمه كلها من غير اعتبار الارث . وذكر بعد هذا أحاديث عن بعض التابعين كرهنا ذكرها خوفا من الإطالة .

789 قال : { فإن أرادت الزوجة أن تأخذ أجر[١] الرضاع الذى يعطى الزوج الظئر على أن ترضع هى ولدها دون الظئر لم تستحق الأجر } ، من قبل أن النفقة لا يجوز أن تستحقها من جهتين ، إذ أجرة الرضاع نفقة أيضاً ، وهى مستحقة لنفقة الزوجية فلا تستحقها لأجل الرضاع أيضاً . الا ترى أنها لو أجرت نفسها لخدمة البيت لم تستحق الأجرة ، لأن العادة قد جرت أن النساء يخدمن فى البيت ويرضعن صبيانهن بغير أجرة ، فلا يجوز نقص العادة وإيجاب الأجرة مع كونها مستحقة للنفقة . وكذلك روى عن النبي عليه السلام أنه جعل [٢] خدمة البيت على فاطمة ، وخدمة الخارج على علىّ عليه السلام[٢] .

قال : { ولا يشبه أجرة الرضاع أجرة الرعى ، لو استأجرها للرعى استحقت الأجرة } ، لأن العادة لم تجر برعى النساء للأغنام . فإن كان كذلك جاز لها أن تستحق النفقة عليه .

---

(٥) سورة البقرة ، ٢ : ٢٣٣

789 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .

790 قال : { ولو كان طلقها طلاقا بائنا أو ثلاثا وهى فى العدة لم يكن لها أن تأخذ أجرة الرضاع على هذه الرواية } . ووجهها ما ذكرنا فى الزوجية . وروى رواية أخرى أن لها أخذ الأجرة كما كان لها أخذها عند انقضاء العدة ، والمعنى الجامع بينهما كونها غير زوجة للمؤاجر ، فقد حصل الكلام فى ثلاثة مواضع فى هذه المسئلة : لم يجز أخذها قبل الفرقة بلا خلاف ، وبعدها على اختلاف الرواية ما دامت فى العدة ، [1]وبعد انقضاء العدة[1] فلا خلاف أن لها أخذ الأجرة .

قال : { فإن طلبت أجر الرضاع بعد انقضاء عدتها //[ف ١٨٣ ب] فهى أحق بها من غيرها } ، وذلك لقوله تعالى ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾[2] . وهذه قد رضيت بأن تُرضع له ، فعليه أن يعطى أجرتها لعموم الآية . وأيضا فإنه قال ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ . فأوجب عليه أجر الرضاع . [3]وكذلك قوله[3] ﴿ وإن تعاسرتم ﴾ فطالبته المرأة //[ل ٢٢٣ أ] بنفقة كثيرة وهو يجد بدونها ظئراً فله أن لا يعطيها ويكترى له ظئرا لقوله تعالى ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾[4] .

791 قال[1] : { وأما الولد الذين قد خرجوا من حد الرضاع فإنه يُفرض لهم نفقة بقدر حاجتهم وعلى قدر طاقة أبيهم } ، لأن هذه تجب على قدر الكفاية عند الحاجة . ألا ترى أنهم لو كان لهم مال لم يُلزم الأب شيئا ؟

قال : { وإن كان للصبي[2] مال فنفقتهم فى أموالهم } ، لما بينا أن وجوبها لأجل الحاجة ، والحاجة مرتفعة هاهنا .

---

790 (١) ساقط من ل .
(٢) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٦
(٣) ف : للوالد .
(٤) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٦

791 (١) ساقط من ل .
(٢) كذا فى الأصل . والصواب : للصبية .

قيل : أليس قد قال الشيخ أن نفقة الصغير تجرى مجرى نفقة الزوجة فى الوجوب[٣] ، فقال : إذا وجبت ، فأما إذا لم تجب فلا . وها هنا لم تجب النفقة أصلا . فكيف تجرى مجرى نفقة الزوجة ؟ وهذا إنما قال الشيخ فى نفقة الكافرين الأبوين ، والزوجة الكافرة ، والولد الكافر ، لأن المسلم يلزمه نفقة هؤلاء كلهم . وبين الحجة فيهم خلا الولد فقال : نفقة الولد تجرى مجرى نفقة الزوجة فى الوجوب . واستدل بقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ، فأوجب النفقة للصغير بهذا المعنى ، وجب أن يكون ها هنا أيضاً مايوجبها ، وإن كان للصغير مال ، كما يوجب نفقة الزوجة مع كونها غنية . { فإن فرض للقاضى نفقة للأولاد فأعسر الأب أو غاب أو امتنع من النفقة عليهم فاستدانت المرأة بأمر القاضى ، فإن لها أن ترجع بهـــا على الأب كما قلنا فى نفقة الزوجة .

قال : { وإن لم تمكن استدانت عليه ، ولكنهم كانوا يأكلون من مسألة الناس لم ترجع على الأب بشىء } ، وذلك لمـا بينا أن هذه النفقة تجب لأجل الكفاية ، وهم مكتفون فيما قد مضى وتقضى فلا ترجع على الأب بشىء . { فإن كان الأولاد قد بلغوا مبلغا يقدرون على الكسب فانهم يكسبون وينفق عليهم مقدار الحاجة . وما بقى يحتفظ به لهم ويحبسه عليهم إن كان الأب لا يؤمن[٤] على ذلك } .

792 قال : // [ل ٢٢٣ب { فإن كانت الأم منقضية العدة وقد احتاجت إلى النفقة جاز أن ينفق عليها من كسب ولدها } لأن حقها فى مال الإبن يثبت عند الحاجة لما بينا فيما تقدم . فلا فرق بين كون الإبن صغيراً أو كبيرا . فأما نفقة الإناث من الأولاد فعلى الأب والأم على قدر الميراث . وكذلك نفقة الذكور

---

(٣) أنظر أعلاه فقرة 779 .

(٤) فى الأصل : يأمن .

الزُمّـن وقـد بلغوا مبلغ الرجال . روى الحسن بن زياد عن أبى يوسف عن أبى حنيفة[1] أن الذى خص الله تعالى الوالد به دون غـيره من الورثة نفقة الرضاع . وهذا خلاف ماقال محمد فى الأصل . وذلك أنه قال: إن نفقة الكبير على الأب إذا كان زمِنا .

قال الشيخ : ورواية محمد أصحّ لأن الصغير والكبير قد تشاركا فى معنى الولادة[2] ، والزمن بمنزلة الصغير فينبغى أن تكون نفقته على الأب خاصة ، فقسنا عليه حال الصغير لأن حكمه فى جميع الأحكام . فإذا بلغ زال ذلك الحكم لأنه يصير مكلفا وحكمه يكون مخالفا . فلذلك افترقا .

793 باب النفقة على الأبوين وعلى ذى الرحم المحرّم

قال : { ولا يجوز أن يجبر أحد على نفقة الرجال إلا أن يكون [الطالب][1] للنفقة زمِانة ، غير الأب والجد . فان الولد يُجبر على نفقتهما ، كان الجد من الأب أو الأمّ ، وإن علا . وكذلك الجدات من قِبل الأب والأب جميعا }. أما الأب فلقوله عليه السلام « أنت ومالك لأبيك »[2] . وقد بينا حكم هـذا فيما تقدم . وأما الأجداد والجدات من قِبله فلأن [الجد أن][3] قال النبى عليه السلام « الجد أب من لا أب له »[4] . فاذا كان الاسم يتناوله ومعنى الوِلاد موجود من جهته صار مثل الأب لوجود الاسم ومعنى الولاد . وكذلك سائر الأجداد . وأما // [ل ٢٢٤ أ] الجد من قبل الأم فكذلك أيضا لأن معنى الولاد

---

792 (١) مزيد فى ف ، ل هنا : ذلك . (٢) أى الولاد .

793 (١) فى الأصل بالمطلوب .

(٣) قابل مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ١٧٩ : أنت ومالك لوالدك ...

(٣) فى الأصل : الجدات .

(٤) قابل مسند أحمد بن حنبل ، ج ٤ ، ص ٤ .

من جهته أيضا موجود . ألا ترى أن النبي عليه السلام كان يقول للحسن والحسين : أبنائى ، وإن لم يكن أبا فى الحقيقة لوجود معنى الولاد من جهته . فهذا المعنى نعتبره فى هذه المسئلة قياسا على الأب والأم ، وهو معنى الولاد .

794 قال : { ويُجبر الرجل[1] على نفقة كل امرأة ذات رحم محرم منه [2] إذا كانت محتاجة } . والأصل فى هذا نفقة الأمّ . والمعنى فيه كونها وارثة ذات رحم محرّم منه[2] . وهذا مشروح فى تعليق كتاب النكاح .

795 قال : { ولا يُجبر المسلم على نفقة أحد من أهل الذمة غير الوالدين والولد — يعنى الصغير ، فأما الكبير فلا يلزمه وإن كان زَمِنا والزوجة } . وقد بينا هذه المسئلة فيما تقدم . والأجداد والجدات وإن علوا بمنزلة الأب والأم . وكذلك ولد الولد ، وإن سفلوا ، فهم مثل ولد الصلب فى وجوب النفقة . وهذه المسئلة فى الولد من الصلب لا تتأتى لأن الولد الصغير لا يجوز أن يكون كافراً [1]وأحد أبويه[1] مسلم . فإذا كان كذلك فإسلام الأب يوجب للصغير الإسلام ولا يكون كافراً [بل][2] ولد الولد يجوز أن يكون كافراً والجد مسلما لأن الولد لا يكون مسلما بإسلام الجد .

قال : { وكذلك الذمى يُجبر على نفقة الوالدين والولد من المسلمين كما يجبر المسلم على نفقتهم إذا كانوا كفاراً . وما عداهم لا يجبر على نفقتهم إذا اختلفت أديانهم } . وذلك أن نفقة الوالدين والولد لا يتعلق وجوبها بالإرث . ألا ترى أن الأم وارثة مع الأب ، والأب يختص بوجوب نفقة الولد الصغير . وكذلك الابنة يلزمها نفقة الأب والأم وإن كان معها وارث كأخت الميت وأخيه ، لأن نفقة هؤلاء لا يتعلق وجوبها بالإرث . كذلك مسئلتنا لا يعتبر فى وجوب

---

794 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .

795 (١) ل : وجد أبوه . (٢) ل ف ، ج : بلى . وفى ل : بين .

النفقة على الرجل لهؤلاء إلا بثبوت حق الميراث فيما بينهم . فأما نفقة الولد الكبير فلا تلزمه // [ل ٢٢٤ ب] وإن كان زمنا ، لأن وجوب نفقته معلقة بالإرث كسائر ذوى المحارم من النسب // [ف ١٨٤ ب] . وأما نفقة الصغير فمثل نفقة الزوجة ، فكما لا يُعتبر وجوب نفقة الزوجة بالإرث ، كذلك نفقة الصغير استدلالا بنفقة الرضاع ، لأن فيها نفقة الزوجة والولد جميعاً ، وخص الولد بالوجوب دون سائر الناس .

796 قال : { ولو أن رجلا محتاجا وله ابنان أحدهما موسر مُكثر والآخر متوسط الحال كانت عليهما ، يجعل من ذلك على الموسر المكثر أكثر مما جعل على الآخر } .

واستبعد الشيخ هذه الرواية . قال : وهذا عندى قاله من جهة رأيه ، لا من رواية عن أصحابنا . ووجهة ما قال أن وجوب هذه النفقة متعلقة على قدر اليسار . الا ترى أن أحدهما لو كان معسرا والآخر موسرا إن النفقة على الموسر دون المعسر . فكذلك إذا كان أحدهما أكثر يسارا من الآخر فالنفقة على قدر يساره . وكذلك قال الله تعالى ﴿ لِيُنفِقْ ذو سَعةٍ من سعته ﴾[١] وقال ﴿ على الموسِع قدَرُهُ وعلى المقتر قدره ﴾[٢] .

797 قال : { ولو أن مسلماً له ابنان أحدهما مسلم والآخر ذمىّ وهما موسران فالنفقة عليهما جميعاً } لما بينا أن وجوب نفقة الولد لا تتعلق بالإرث وإنما تتعلق بالولاد . وقد تساويا فيه .

قال : {ألا ترى أنه لو كان له ابن وبنت موسران فالنفقة عليهما نصفين } ، والعلة فى هذا أيضاً ما ذكرنا من سقوط اعتبار الإرث وتساويهما فى معنى الولاد الموجب للنفقة .

---

796 (١) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٧ (٢) سورة البقرة ، ٢ : ٢٣٦

798 قال : { ولو أن امرأة لها ابن موسر والأم محتاجة ولها زوج وليس هو أبا الابن ، والزوج معسر ، كانت نفقتها على زوجها ، إلا أنه يأمر الابن أن يقرضها على زوجها ، فإذا أيسر الزوج رجع عليه بما أقرضها } ، لأن هذه النفقة لا يشارك الزوج فيها أحد ، لأنها تجرى مجرى العوض ، وإن كان وجوبها على وجه الصلة . والزوج قد خص بحصول العوض له دون غيره . فلذلك يلزمه النفقة دون غيره .

قال : { وروى عن الحسن بن زياد أن الابن يجبر على أن يقرضها إن أبى ذلك } //[٢٢٥ أ] لأن الزوج إذا كان فقيراً فهو بمنزلة الميت ولا يشارك الولد أحدٌ في نفقة (١) الوالدة سواء كان الولد ذكراً أو أنثى وإن سفلوا . وكذلك الآباء وإن علوا فالنفقة (١) على الأولاد لا يشاركهم أحد في النفقة لأنهم متساوون في معنى الولاد .

قال : { ولو أن رجلا فرض له القاضى نفقة وكسوة على ابنه ، فأعطاه نفقة شهر وكسوة سنة ، فضاع ذلك منه ، فطلب من ابنه نفقة وكسوة ، فإنه يجبر على أن يكسوه أيضاً ويعطيه نفقة إذا كانت قد ذهبت } . ولا يشبه نفقة الوالد من الزوجة (٢) وسائر ذوى الرحم المحرم ، إن النفقة إذا ضاعت لا تفرض لها ثانياً حتى يمضى الوقت ، من قبل أن الوالدين لهما حق فى مال الولد . قال النبي عليه السلام « أنت ومالك لأبيك » ، فجعل ماله للأب . والمراد به ثبوت حقه عند الحاجة ، أى وقت احتاج إليه ، وهذا المعنى غير موجود فى غيرهما ، //[ف ١٨٥ أ] فإذا أعطى مرة لم يلزمه مرة أخرى حتى تمضى المدة .

799 قال : { ولو كان الأب محتاجا وله ابن كبير فطلب منه نفقة ونازعه

---

798 (١) ساقط من ل .

(٢) هكذا فى الأصل . ولعل الصواب : نفقة الرجل للزوجة . راجع فقرة 777 .

فى ذلك إلى القاضى ، فقال الابن للقاضى : أنا فقير وما عندى ما أنفق على أبى ، فإن القاضى لايجبر الابن على النفقة على أبيه إلا أن يعلم أنه مصطنع [(١)] }. الأصل فى هذا أن الولد إذا كان فقيراً لم يجبر على أن يكسب وينفق على الوالد ، إلا أنه إذا اكتسب وفضل شىء عن قوته يؤمر بأن ينفق على الوالد. وإن لم يفضل شىء فهو أحق به من الوالد . وذلك لقوله عليه السلام « إبدأ بنفسك ثم بمن تعول »[(٢)] ، ولما روى أن رجلا كان معه دينار فسأل النبى عليه السلام عن ذلك ، فقال « عليك بنفسك ثم أمك ثم أبيك ثم الأدنى فالأدنى »[(٣)] . فقد بين أنه أولى بما فى يده من غيره . وروى عن بعض الناس أن الولد يجبر على أن يكسب وينفق على الوالد ، واحتج بما روى عبد الله بن عمر ، قال : عمـــر بن الخطاب رضى الله عنه : لو أصابت الناس سنة[(٤)] لأدخلتُ على كل بيت حتى يأسون فيما يأكلون فإنهم إن أكلوا شيئاً وإن كان لا يشبع وأكل نصف الرجل لا يُهلك . وهذا عندنا // [ل ٢٢٥ ب] ليس على الوجوب ، وإنما هو على المؤاساة لما بينا فى الابن . إلا أن الابن إذا كان يقدر على أن يكسب لنفسه وللأب جميعاً فإن القاضى يفرض عليه نفقة الوالد ، لأنه قادر على الإنفاق كما يفرض عليه لو كان له مال .

800 قال : { وإذا كان للابن زوجة وأولاد صغار ، فطلب منه الأب نفقة وقدمه إلى القاضى ، فقال الابن : إنه لا مال لى وإنما اكتسب بقدر قوتى وقوت زوجتى وولدى ، فقال الأب : أدخلنى فى [كسبه][(١)] معه وزوجته

---

799 (١) ف : مصطلم .

(٢) قابل مسند أحمد بن حنبل ج ٢ ، ص ٤ : ابدأ بمن تعول .

(٣) قابل مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ٢٢٦ : اليد العليا أمك وأبوك وأختك وأخوك وأدناك أدناك .

(٤) أى جدب .

800 (١) كذا فى ج . وفى ف ، ل : كسبى .

ووالده واجعلني كأحدهم ، والأب ممن لا يقدر على الاكتساب ، فإن الابن يجبر على ذلك ويصير كأحد العيال الذين ينفق عليهم { ، وذلك لقول النبي عليه السلام « أنت ومالك لأبيك » . فجعل الأب أحق بنفسه وماله من غيره . ولقوله عليه السلام « إن أطيب ما يأكل المرء[٢] من كسبه ، وإن الولد من كسبه »[٣] . ولقوله عليه السلام « كلوا من كسب أولادكم »[٤] .

وأما إذا كان الابن وحده فإنه يكون أولى بكسبه من الأب إلا أن يفضل عن قوته شيء ، من قبل أن النبي عليه السلام لم يجعل الأب أحق به من نفسه ، بل جعل نفسه أحق بما يكسبه من غيره ، لقوله عليه السلام « نفسك ثم الأم ثم الأب ثم الأدنى ، ولقوله « إبدأ بنفسك ثم بمن تعول » .

فإن قيل : فقوله : « أنت ومالك لأبيك » ظاهره يوجب أن يكون الأب أحق بنفسه منه ، قيل له : ليس كذلك لأن المراد به أن الأب أحق بماله من سائر الناس ، لا أنه أحق بنفس الابن من الابن . ألا ترى أن الأب لا يكون أحق بمال الابن من الابن ، بل الابن أولى من الأب . وإنما المراد به أن الأب أولى بماله من سائر الناس . كذلك نفسه : الابن أولى بها ، ثم الأب .

801 قال الخصاف : { ألا ترى أن الإبن لو كان له ولد من امرأة أخرى فأنفق على ولده من تلك المرأة وترك[١] الولد الآخر لم يُنفق // [ف١٨٥ب] عليه ، لم يُترَكْ وذلك وأُجبر على النفقة عليه معه } .

---

(٢) ف : الرجل .

(٣) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ١٧٩ : أنت ومالك لوالدك . ان أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أموال أولادكم من كسبكم ، فكلوه هنيئا .

(٤) أنظر ملاحظة ٣ .

801 (١) ل : وأولى .

802 قال : { ولو أن امرأة لها مسكن تسكنه وخادم يخدمها ومتاع يسترها ولا فضل فى شىء من ذلك ، ولها أخ موسر أو رجل ذو رحم محرّم // [ل ١٢٦ أ] فيكسب ما يفضل عنه وعن عياله ، فطلبت الأخت منه النفقة وقدّمته إلى القاضى فى ذلك ، فإن القاضى يُجبر ذا الرحم المحرّم على النفقة عليها أخاً كان أو غير ذلك } . وهكذا قال محمد بن الحسن . ولم يُردَ عن أصحابه فى هذا خلاف . وذكر قولا آخر ، أنه لا يُجبر على نفقة هذه المرأة ، وإليه ذهب الخصاف وقال : { ألا ترى أن المطلوب بالنفقة لو لم يكن له منزل يسكنه وكان نازلا بكَرْى[1] ، إلا أن رأس ماله ألف درهم أو نحو ذلك ، وهو فى عياله ينفق فوق ربح ذلك المال [ويتحمل][2] أيضاً على بعض رأس ماله فينفقه ، والطالب للنفقة له منزل وخادم ، كان قبيحاً أن يُلزَم هذا الذى لا منزل له ولا خادم بنفقة من له منزل وخادم ومتاع ؟ بل يؤمر صاحب المسكن والخادم حتى يبيع ذلك ويكترى منزلا وخادماً وينفق الباقى على نفسه يوماً بيوم . فإذا نفدت ، حينئذ يفرض لها النفقة على ذى الرحم المحرم } . وأما ما قاله أصحابنا فإنه يُجبر على نفقة صاحب المسكن لأنه فقير مع ملكه للمسكن . ألا ترى أن له أن يقبل الزكاة والصدقات ؟ فإذا ثبت أنه فقير وجبت لها النفقة على صاحبه .

803 باب العبد يتزوج وما يلزمه من النفقة

الأصل فى هذا الباب أن العبد لا يلزمه من نفقة الأولاد شىء أحراراً كانوا أو عبيداً . إلا أنهم إن كانوا أحراراً فلا سبيل له عليهم ولا ولاية لأنه ملك المولى ، فلا يجوز أن يُلزَم نفقتهم بحق المولى . وإن كانوا عبيداً فنفقتهم على المولى . وأما نفقة الزوجة فإن كانت حرة لزمته النفقة فى رقبته

802 (١) ل : بكدى ، و ج : بكذا .
(٢) فى الأصل : ويحمل .

ويباع بها إن لم يدفعها المولى ، لأنها تصير ديناً بفرض القاضى ، فيباع به كما يباع بسائر الديون ، وإن كانت أمة بوّأها بيتاً فمثل هذا ، لأن المعنى الموجب لاستحقاق النفقة تسليمها فى بيت ، وقد وُجد هذا . وأما إذا لم يبوّئها المولى له // [ل ٢٢٦ ب] بيتاً فلا نفقة عليه لعدم التسليم . وإنما كان للمولى أن لا يبوئها له بيتاً ولا يسلمها إليه لأن الزوج لا يستحق خدمة المرأة بالعقد ، فتبقى خدمة المولى عليها كما كانت قبل العقد . فإذا كان كذلك فله أن يستخدمها لبقاء الخدمة عليها . وإن كانت مكاتبة أخذَت بنفقة أولادها الذين ولدتهم فى حال الكتابة على المكاتبة ، حراً كان زوجها أو عبداً ، لأنهم داخلين فى كتابتها . فإن كانت الزوجة أمّ ولد أو مدبّرة فمثل الأمة على ما بيّنا من الحكم .

804 باب امرأة المفقود وولده يطلبون النفقة من مال المفقود

حكم زوجة المفقود وأولاده على ما بينا فى الغائب إن كان هناك مال حاضر يأمر القاضى الزوج بأن تأخذ ما يكفيها ويكفى أولادها الصغار . ويأخذ منها الكفيل إن شاء القاضى ، وإن شاء ضمنها ذلك ، على ما هو أحوط لماله // [ف ١٨٦ أ] ، لأنه لا يامن أن تكون المرأة قد أخذت النفقة مرة ، فلا تستحق ثانياً . وكذلك إن كان له أولاد كبار وغير الأولاد من ذى الرحم المحرم [زَمِنون][1] فإن القاضى يأمر بالإنفاق عليهم من ماله ، إن كان له مال أو غلة أو غير ذلك ، مثل الصغار ، لأن المعنى من الصغار هو أنهم غير قادرين على القيام بأنفسهم . وهذا فى الزمن أوجد . فيلبغى أن تكون نفقته واجبة وإن كان ليس بصغير . وأما إذا لم يكن زمناً ، أعنى الإبن الكبير

804 ، ١) فى الأصل : زمنى .

أو الأخ أو العم ، فلا نفقة له من مال المفقود ، لأن الأصل أن الحكم غير جائز على الغائب . إلا أنا قد أوجبنا نفقة الوالدين والزوجة والولد الصغير لما قدّمنا من الدلالة فى باب النفقة على الغائب . وما عداهم محمول على أصل القياس .

805 قال : { فإن سألت امرأة المفقود القاضى أن يجعل لها وكيلا فى ماله يحوطه ويؤاجر مستغَلاته ورقيقه ، فإن القاضى ينظر فيما للمفقود ، فإن // [ل ٢٢٧ أ] كان له مال يخاف عليه الفساد أمر ببيعه وجعل له وكيلا يقوم بأمواله ويؤاجر مستغلاته[١] ، { لأن القاضى له ولاية فى حفظ مال الغائب . ألا ترى أن بعض الورثة إذا كانوا غُيّبا فللقاضى أن يحفظ عليهم أموالهم ويبيع ما يخاف عليه الفساد . كذلك هذا . وتجوز لوكيل القاضى الخصومة فيما تولاه من المعاملة ، لأن العقد به تم . وإن كان لم يتولاه لم تجز خصومته فيه لأنه وكيل بالقيام والحفظ ، وليس هو وكيله[٢] فى الخصومة . فلا يجوز أن يخاصم فى غير ما يتولاه .

806 باب نفقة المرأة

شهد شهود على طلاق زوجها لها وغير ذلك

قال : { ولو أن شاهدين شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً وقد كان دخل بها ، وهى تدعى الطلاق أو تنكره ، فإنه ينبغى للقاضى أن يمنع الزوج من الدخول عليها { ، وذلك لوجود السبب المانع من الوطء ، وهو الشهادة بالطلاق الثلاث . ألا ترى أن الشهود إذا عُدِّلت حكم القاضى عليه بالسماع المتقدم ؟ فإذا كان كذلك مُنع من الدخول عليها لوجود السبب المانع من الوطء .

---

805 (١) ساقط من ف . (٢) ف : وكيلا .

ولها عليه النفقة سواء ادّعت الطلاق أو جحدت إلى وقت انقضاء العدة } . وذلك أنها لا تخلو من أن تكون زوجة أو غير زوجة ، فإن كانت زوجة ، استحقت النفقة الزوجية ، وإن كانت غير زوجة استحقت بالعدة .

فإن قيل : كيف تستحقّ النفقة بالزوجية وهى ممنوعة من التسليم ؟ ألحّتُ على الشيخ رحمه الله هذا الموضع فلم [يُحسر](١) عنه جواباً أكثر من قوله : إن النفقة [متيقنة](٢) ، فلا نُسقطها بالشك . وهـــذا واجب أن تكون غير المدخول بها تجب لها النفقة أيضا لأن الزوجية [متيقنة] والنفقة واجبة بتسليم نفسها ، ومع ذلك فلا تستحق النفقة . فلمّا عارضتُ//[ل٢٢٧ب] بهذا قال : هذه لا تتيقن فى استحقاق النفقة لأنها غير معتدة . فقلت : ولا تتيقن فى استحقاق نفقة تلك وإن كانت معتدة ، لأنها لو كانت زوجة لم تجب لها النفقة على أى وجه كان المنع بعد أن لا يكون من جهة الزوج . وإذا كان كذلك وجب أن لا //[ف١٨٦ب] نفرض لها النفقة . وأما بعد انقضاء العدة فلا نفقة لها ، لأنها إن كانت (٣)زوجة فهى ممنوعة من الزوج فلا تستحق النفقة بالتسليم . والتسليم معدوم . فإن كانت(٣) مطلقة فقد انقضت عدتها فلا نفقة لها .

807 قال : { فإن عُدّلت البينة فرق بينهما وسلم لها ما أخذت من النفقة } لأنّا قد بينا أنها كانت مستحقة للنفقة إذ كانت معتدة منه . { وإن لم تُعدل البينة رُدت المرأة على زوجها ، ورجع الزوج على المرأة بما أخذت من النفقة } ، من قِبل أنا قد بينا أنها لم تكن مطلقة ، وإن كانت تحت(١) الزوج . فقد حصلت ممنوعة من الزوج فى تلك المدة ، فلا تستحق ، إذ المرأة إنما تستحق النفقة بتسليم نفسها إلى الزوج . ولم يحصل التسليم من أى وجه كان ، [فلم](٢) تستحق

---

806 (١) كذا فى ج . وفى ف ، ل : يخرج .

(٢) فى الأصل : متقفية . (٣) ساقط من ل .

807 (١) ساقط من ل . (٢) فى الأصل : لم .

النفقة . كالمستأجر تستحق عليه الأجرة إذا وجد تسليم الدار المستأجرة إليه ، ومتى ارتفع التسليم لم تجب عليه الأجرة سواء كان رفع التسليم من جهته أو من جهة غيره . كذلك المرأة . والمعنى الجامع بينهما أن كل واحد منهما يستحق البدل بالتسليم .

808 فصـــل

{ وإن كان لم يدخل بها والمسئلة بحالها لم تجب لها النفقة } لأنها إن كانت زوجة فهى ممنوعة منه فلا تستحق النفقة ، وإن كانت مطلقة ، فهى غير معتدة ، فلا تستحق النفقة . فهـــذه المسائل كلها بُنيت على أن المنع يسقط النفقة عن الزوج . وفى المسئلة المتقدمة أوجب النفقة مع وجود المنع . وهى مشكلة لأن العلة التى أوجبت عليه النفقة هى أنها لا تخلو من أن تكون زوجة أو مطلقة . فإن كانت تستحق النفقة بالزوجية ، وإن كانت مطلقة تستحقها بالعدة . وليس الأمر كذلك ، لأنها إن كانت زوجة فلا تستحق النفقة لأنها ممنوعة من الزوج . ألا ترى أنه قال : إذا لم تعدّل الشهود وجب عليها رد النفقة//[ل٢٢٨أ] المأخوذة من الزوج إليه لكونها ممنوعة من الزوج فى تلك المدة . وأقرب ما يكون فى فى هذا الباب أن نقول : إن الأصل أنها مستحقة للنفقة فلا يسقطها إلا بيقين ، فيوجب لها النفقة إلى أن يتبين لنا صدق البينة أو كذبها . فإن عُدلت البينة لم ترد شيئاً ، وإن لم تعدل ردت النفقة ، لأنا بينا أنها لم تكن مستحقة للنفقة . ولا يلزم على هـذا أن يفرض لغير المدخول بها النفقة أيضاً إذا شهد الشهود بطلاقها ، لأن غير المدخول بها ليست لها حال تستحق النفقة فى الظاهر لأنها إن كانت زوجة فهى ممنوعة ، فلا تستحق النفقة ، وإن كانت مطلقة فهى غير معتدة ، فلا تستحق . وهذه قد وُجدت لها حال تستحق فيها النفقة ، وهى حال العدة ، فلا يجوز أن تبطل نفقتها التى كانت تستحق من حال الزوجية مع وجود الحال التى تستحق فيها النفقة ، فلذلك افترقا .

809 فصـــل

{ ولو أن أمة فى يدى رجل//[ف١٧٨أ] شهد شاهدان على حريتها وهى تدعى ذلك أو تنكره ، فوضعها القاضى على يدى عدل ، فطلبت النفقة حتى يسأل عن الشهود فإن القاضى يفرض لها النفقة على الذى كانت فى يده } ، لأنها فى الحكم عندنا أمة له . وهذا صحيح على ماقال لأن الملك فى الظاهر لصاحب اليد والتصرف فالنفقة[1] عليه .

قال : { فإن أخذت النفقة أشهراً ثم عُدلت البينة يحكم بحريتها ، وإن المولى يرجع عليها بما أخذت من النفقة إن ادعت الحرية من قِبله . وإن ادعت أنها حرة الأصل أو لم تدع ذلك ، وقد شهد به الشهود ، فهو سواء — يعنى بحرية الأصل — ولاشىء له[2] . وإن لم تعدل البينة ردها القاضى إلى مولاها وبطلت النفقة التى أخذت } لأنا قد بينا أنها لم تعتق ، وهى أمة لصاحب اليد فلا تستحق فرض النفقة .

810 قال : { وكذلك لو فرض للمرأة النفقة على زوجها وأخذت نفقة أشهر ، ثم شهد الشهود أنها أخته من الرضاع ///[ل٢٢٨ ب] فإنه يفرق بينهما ويرجع الزوج عليها بما أخذت من النفقة } لأنا قد بينا أنها لم تكن مستحقة للنفقة .

811 قال : { ولو أن أمة فى يدى رجل ادعاها رجل وأقام بينة أنها له ، والذى فى يده ينكر ذلك ، فوضعها القاضى على يدى عدل ، امرأة حتى يسأل عن الشهود ، فطلبت النفقة ، فإن القاضى يجبر الذى كانت فى يده على النفقة عليها . فإن أنفق عليها شهرا ولم يُزكّوا[1] البينة ، فردها القاضى عليه بطلت النفقة ولم يكن لها على المدعى شىء . وإن زكيت البينة فقضى بها القاضى للمدعى

---

809 (١) ل : فى النفقة . (٢) ساقط من ف .

811 (١) كذا فى الأصل . والصواب : تزكى .

لم يكن للذى أنفق عليها على المدعى شىء من النفقة فى قياس قول أبى حنيفة. وأما فى قول محمد فإن النفقة فى رقبتها ، تُباع فى ذلك ، إلاأن يفديهامولاها. فإن فداها أو باعها رجع المولى على الذى كانت فى يده بالأقل من قيمتها ومن النفقة }. أما إذا لم يزكوا البينة فلا إشكال فيه ، إن النفقة على صاحب اليد فى قولهم جميعاً ، لأن ملكه لم يستحق ، فلا يرجع على الذى أخذها لأنه يُنفق على ملكه. وأما إذا زكيت البينة فإن قول أبى حنيفة لايرجع أيضاً على أحد. وفى قول محمد ، يرجع. وهذا مبنى على اختلافهما فى العبد المضمون إذا استهلك من متاع الغاصب شيئا ، هل يصير دينا فى رقبته ؟ قال أبو حنيفة كما قال محمد : يصير[٢] . فهذا مثل ذلك ، لأن الأمة هى التى أنفقت النفقة ها هنا فلا ضمان عليها فى قول أبى حنيفة. ويجب عليها ضمان النفقة فى قول محمد ، وتباع بها ، إن لم يفدها مولاها ، مثل سائر الديون التى تثبت فى رقبتها. فإن فداها أو باعها رجع على الذى كانت فى يده ، لأن هذا ضمان يستحقه من جهته . فهو[٣] مثل جناية جنت فى يده فاستُحقت به ، رجع عليه بالأقلّ من قيمتها ومن أرش الجناية .

812 قال : { وأما العبد إذا //[ف١٨٧ب] ادّعاه رجل وأقام بينة أنه له ، فإنه يُترك فى يدى الذى فى يديه ، ويؤخذ منه كفيل بنفسه وبالعبد ، ويؤمر بالنفقة عليه. وإن // [ل٢٢٩ أ] كان مخوفا أن يتلفه فرأى القاضى أن يضعه على يدى عدل ويأمره بأن يكتسب وينفق على نفسه ، فعل ذلك. وإن كان صغيرا لا يكتسب كانت النفقة على الذى هو فى يديه ، وكان فى ذلك يُجبر[١] له على ما وصفنا من حال الأمة }. وأما الكبير فإنما يؤمر بأن يكتسب وينفق على

(٢) كذا فى الأصل. والاختلاف بينهما ليس واضحا.

(٣) ساقط من ل.

812 (١) كذا فى الأصل.

نفسه إذا قدر عليه ، لأنه [يتوصل][٢] إلى القيام بأمر نفسه من غير إيجاب فرض ، فلا تُفرض النفقة له على غيره بالشك . وأما الصغير فهو مثل الأمة لأنه غير قادر على القيام بأمر نفسه .

813 قال : { ولو أن رجلا من أهل الذمة تحته امرأة ذات رحم محرم منه ، فطلبت منه نفقة الزوجية فإن أبا حنيفة قال : أفرض لها النفقة كما أفرض فى النكاح الصحيح . وقال أبو يوسف ومحمد : لا نفقة لها للنكاح لأنه فاسد ، ويفرق بينهما إذا طلب ذلك أحدهما } . أما وجه قول أبى حنيفة فلأنهما مُقَرّان [١]على ذلك النكاح عنده فهو مثل الصحيح ، فوجب أن يكون لها النفقة كما تجب[١] فى النكاح الصحيح . والمعنى الجامع بينهما الاستقرار عليه فيهما جميعاً . وأما وجه قولهما فلأن العقد فاسد ، فهو مثل سائر المناكحات الفاسدة فيما بينا فى باب إسقاط النفقة .

814 باب الولد : مَن أولى به وعند مَن يكون

ذكر أحاديث عن السلف قبل الحديث فى أول الباب ، ثم ذكر هذا { الحديث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : جاءت امرأة إلى النبىّ عليه السلام فقالت : يا رسول الله ، إن ابنى كان بطنى وعاء وحجرى حواء وثديى سقاء ، ويزعم أبوه أنه أحق به منى . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنتِ أحق به ما لم تتزوجى »[١] . } فهذا أصل فى أن الأم أحق بالولد من الوالد ما لم تتزوج الأم .

---

(٢) فى الأصل : لا يتوصل .

813 (١) ساقط من ل .

814 (١) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ٢٠٣ : قضى بأن المرأة أحق بولدها ما لم تزوج .

وذكر فى الباب مسائل كتاب النكاح بعينها إلى قوله : { فإن جاءت الجدة ، أمّ الأم ، أو واحدة من هؤلاء النسوة ، يعنى الجدة أو الأخت أو نحوهما ، ممن تستحق أخذ الولد تخاصم الأب فى نفقته ، فقالت الجدة : هذا ابن هذا الرجل من // [ل ٢٢٩ ب] ابنتى ، وهو عندى ، فمُره بالنفقة عليه ، فقال الأب لها : أنا أحق به ، إن أمه امرأتى ولم أُطلّقها وقد نشزت علىّ ، وهى عندكِ . أو قالت الجدة : قد ماتت أم هذا الصبىّ ، أو : طلّقتها ، أو : ما هى عندى ، فإن الأب يُجبر على النفقة على الصبى ويُترك مع الجدة . ويقال للأب : أُطلب امرأتك ، فأما الصبى فالجدة أولى به منك } . وذلك أن الأم إذا لم تكن ظاهرة فهى بمنزلة المفقودة ، فتكون الجدة أولى بالولد من الأب حتى يعلم خلاف ما ظهر لنا . فعلى الأب النفقة إلى أن تثبت صحة الدعوى على ما قال .

815 فصـــل

{ ولو قالت الجدة : هذا ابن بنتى منك ، وقد ماتت ابنتى ، فأعطنى نفقة ، وقال الأب : هذا // [ف ١٨٨ أ] ابنى من ابنتكِ ، ولم تمت وهى عندى ، وأنا آخذ الصبىّ من الجدة ، لم يكن له ذلك ، حتى يُحضر الأم } ، لأن الظاهر أنها مفقودة حتى يُعلم كونها عنده ، فحينئذ تستحق الأم أخذ الولد . فإذا لم يعلم ذلك فلا يستحق الأب أخذ الولد ، لأن من يستحق الولد هى الأم ، والأم لم تحضر ، فتكون الجدة أولى .

قال[١] : { فإن جاء بامرأة وقال : هذه ابنتك وهذا ابنى منها ، وقالت الجدة : ما هذه ابنتى وماتت ابنتى أمّ هذا الصبى ، وقالت المرأة : هذا ابنى من

---

815 (١) ساقط من ف .

هذا الرجل وأنا ابنتك ، فإن القول قول الزوج والمرأة ، ويدفع الصبى إليهما } . وذلك لأن الجدة قد أقرت بثبوت اليد للأب على الصبى حين أقرت أنه ابنه ، فيكون بمنزلة ولد فى يدى رجل قال : هذا ابنى من هذه المرأة وصدّقته المرأة ، وادعت امرأة أنه ابن ابنتها فلم تصدق الجدة ويكون الولد ابن الرجل والمرأة ويُدفع الولد إليهما .

قال : { وكذلك إن حضرت المرأة التى معها الصبى فقالت : هذا ابن بنتى من هذا الرجل ، وأنا أحق به ، وقد ماتت أمه ، فقال الرجل : هذا ابنى من غير ابنتكِ : من امرأة أخرى ، فالقول قوله ، ويأخذ الصبى } لأن الجدة قد اعترفت بثبوت يد الأب على الصبى وادعت //[ل ٢٣٠ أ] أنها مستحقة له بكونه من ابنتها ، وأنكر الأب ذلك ، فالقول قوله . مثل صبى فى يدى رجل ادعت امرأة أنه ابن ابنتها ، وأنكر الرجل ذلك ، فإن القول قوله . ولا تشبه هذه المسئلة(٢) ما قبلها من المسائل المتقدمة لأن هناك قد اعترف الرجل بأنه ابن بنت الجدة وإن كانت الجدة قد اعترفت له باليد . فلما أقر الرجل بكونه ابن بنتها وادعى أن ابنتها حية ناشزة ، أو هى عنده ، ولم يُعلم ذلك ، لم تستحق يد الجدة حتى تثبت دعواه . وها هنا لم يعترف باليد ، وبعد ما أقرت بأنه ابنه حتى تكون هى أولى بالولد منه(٣) . فلذلك افترقا .

قال : { وكذلك لو قالت الجدة : قد ماتت أمّ هذا الصبى وهى ابنتى ، فقال الأب : لم تمت أمه وهى هذه المرأة ، فقالت الجدة : هذه ابنة لى أخرى تزوجها بعد موت أم هذا الصبى ، وقالت المرأة : أنا ابنتك وأنا أم هذا الصبى ، فالقول قول الأب والمرأة ويؤخذ الصبى من الجدة } للعلة التى ذكرناها .

---

(٢) ساقط من ف .

(٣) المعنى ناقص ولعل بعض الكلمات سقطت من الأصل .

قال[٤] : { ولو كذبت المرأة الأب[٥] فى دعواه وصدّقت الجدة بأنها ليست أم الصبى فإن الأب[٥] أولى بالولد من الجدة أيضاً { ، من قِبل أن يد الأب قد ثبتت عليه بقول الجدة وإقرارها له بالبنوة . فدعوى الجدة أنه ابن ابنتى لا يوجب زوال يد الأب إذا كان الأب منكراً أنه ابن ابنتها حيث ادعى أنه ابنه من هذه المرأة الحاضرة ، فلا تستحق الجدة أخذ الولد من الأب ، والأب أولى به من الجدة .

وبعد هذا ذكر شواهد هذه المسئلة . والعلة فيها ما [٦]ذكرنا من قبل[٦] فكرهنا إعادتها لأن الغرض فى هذه النكت دون ذكر المسائل المفردة .

816 باب المرأة يطلقها زوجها ولها منه ولد فتريد أن تخرج بالولد من المصر //[ف ١٨٨ ب] [ل ٢٣٠ ب]

قال : اعتبر الخصاف موضوع وقوع العقد من مسائل الباب . وليس الأمر كذا عند أصحابنا ، وإنما اعتبروا موضع العقد إذا كان مصرها هى . فأما إذا لم يكن موضع العقد مصرها فليس لها أن ترجع إليه بالأولاد . هذا مسطور عنهم ، بيّنه محمد فى كتاب الطلاق مفصلا . وذهب الخصاف إلى ظاهر قول محمد فى الجامع الصغير . وإنما النظر فى هذا إلى عقدة النكاح ، أين وقعت . ومحمد لم يرد بهذا القول غير مصرها هى . والله أعلم ، لِما قد بينه فى كتاب الطلاق . وإذا كان هذا هكذا ، فهذا الضرب من المسائل على وجوه ثلاثة : أحدها أن يكون عقد النكاح فى مصرها ، فلها أن ترجع بالأولاد إلى مصرها بعد انقضاء عدتها ، أى[١] موضع وقعت الفرقة . والثانى أن يكون عقد النكاح

---

(٤) ساقط من ف . (٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ف .

816 (١) ل : إلى . والمعنى : أيا كان موضع وقوع الفرقة .

فى مصر آخر ، فالاعتبار به حال وقوع الفرقة ، أىّ موضع من البلدان وقعت الفرقة لم يكن لها أن تخرج بالأولاد من ذلك البلد . فأما إذا كانت الفرقة فى قرية قريبة إلى سائر القرى أو إلى المصر ، فلها أن تخرج من قرية إلى قرية وإلى المصر . والثالث أن يكون عقد النكاح فى قرية من القرى ، فالاعتبار أيضاً وقوع الفرقة . فإن كانت فى البلد فليس لها أن تخرج بهم إلى موضع آخر ، وإن كانت الفرقة فى قرية فلها أن تخرج بهم إلى قرية أخرى وإلى البلد الذى تُنسب القرية إليه .

فأما الوجه الأول فلأن عقــــد النكاح لم يستحق وطنها ، إذ الوطن والكينونة به موجودة مع وجود العقد . فإذا كان كذلك فما دام العقد موجوداً وجب عليها الكينونة مع الزوج ، لأن عقد النكاح يستحق عليها الكينونة معه وإن لم يستحق عليها وطنها إذا كان واقعاً فى بلدها . فإذا كان كذلك قلنا : إن العقد لمّا ارتفع سقط عنها الكينونة فى بيت زوجها بعد انقضاء العدة ، ووطنها باق . فلها الرجوع بهم إلى وطنها ، لأنه لا يجوز لنا أن نمنعها من الرجوع إلى وطنها لأجل الأولاد ، وهى أولى بهم ، فلها الرجوع إلى وطنها لهذه // [ل ٢٣١ أ] العلة . وأما الوجه الثانى فإن عقد النكاح وقع وليست كائنة فى وطنها ، فأبطل العقد وطنها الأصلى . يدلك[٢] على هذا أن الحربية لو دخلت إلينا بأمان فتزوجت فى دار الإسلام صارت ذمّية وبطل وطنها فى دار الحرب ، وصار وطنها وطن الزوج وهو دار الإسلام . ولو تزوجت [فى][٣] دار الحرب لمسلم لم يبطل وطنها فى دار الحرب بعقد النكاح وإن استحق عليها الزوج السكونَ فى منزله . فقد بان بهذا أن عقد النكاح إذا وقع فى غير وطنها بَطَل وطنها الأصلىّ وصار وطنها وطن الزوج ، وإذا وقع العقد فى وطنها لم يبطل وطنها وإن استُحق السكون عليها

---

(٢) ل : يدلله .
(٣) فى الأصل : من .

فى منزل الزوج . فإذا كان كذلك قلنا فى مسئلتنا : لم يجز للمرأة أن ترجع إلى وطنها //[ف١٨٩ أ] بالأولاد بعد انقضاء العدّة لأن وطنها قد بطـُل فلا فرق بين وطنها[٤] وبين سائر الأمصار . فكما لا يجوز أن تتغرب بالأولاد إلى سائر البلدان ، فكذلك بلدها . وأما إذا وقعت الفرقة فى قرية من القرى فلها أن تخرج بأولادها إلى قرية أخرى وإلى المصر الذى يقرب من القرية من قبل أن القرية من المصر ومن سائر القرى كالمحالّ لأنه ليس لهـا حكم البلد بنفسها ، فصارت كمحلة البلد ، لها أن تخرج بهم من محلة إلى محلة . كذلك القرى . وأما الوجه الثالث وهو أن يكون عقد النكاح فى قرية ، فالاعتبار بحال وقوع الفرقة، على ما قدمنا من الفصل الثانى . والعلة فيه أيضاً ما ذكرنا .

817 قال : { وإن اختلف الزوج والمرأة فقالت المرأة : بلدى البصرة وعقد النكاح كان هناك ، وقال الزوج ، بل كان ها هنا بالكوفة ، فالقول قول الزوج }، لأن الظاهر أنه قد وجب عليها السكون بالكوفة فلا يسقط ذلك بقولها : إن النكاح كان بالبصرة وإن ذلك بلدى حتى تثبت دعواها بالحجة .

قال : { وإن كان مكان المرأة الذى هى فيه مقيمة[١] ، ولا //[ل٢٣١ب] يُعتبر فى هذا عقد نكاح الأمّ } ، لأن الأمّ إذا كانت تستحق الرجوع إلى وطنها لأن العقد قد وقع وهى مستحقة للرجوع إلى بلدها بالأولاد إذا كان ذلك وطنها . وهذا المعنى لا يوجِب لغيرها لأن الجدة وغيرها لم يكن هناك عقد بينهما وبين أب الأولاد حتى تستحق الرجوع إلى الموضع الذى يقع العقد فيه إذا كان ذلك مصرها . فلذلك سقط هذا الاعتبار فى غير الأم .

---

(٤) ف : مصرها .

817 (١) أى أن القول قول الزوج وإن كان مكان المرأة هو الذى فيه مقيمة .

818 باب الجارية والغلام إذا بلغا وتخييرهما

ذكر { حديث هاشم عن يحيى عن زهير عن عامر قال « خيّر رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة حين تكلم فيها على وجعفر وزيد[1] بن حارثة[1] فاختارت خالتها فجعلها عندها »[2] . وذكر أحاديث فى هذا الباب . إلا أن العبرة عندما يُستحق عليه الإمساك ، لا بالولد إذا كان صغيراً . فأما إذا كان كبيراً فالأمر فيه على ما روى من الخبر أن الخيار للصبى . والأخبار المروية فى هذا الباب محمولة على هذا المعنى لأنه قد ثبت عندنا بالأخبار الصحاح أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للأم « أنت أحق به ما لم تتزوجى »[3] ، ولم[4] يشرط للولد الخيار . فهذا حق ثابت فى الصغار ، وما روى فى التخيير ثابت فى المستغنى عن إمساك غيره .

819 قال : { إذا بلغ الغلام مبلغ الرجال خُيِّر بين أبويه ، فأيهما اختار يكون معه ، فله أن يقيم عنده وأن يخرج إلى الآخر } ، لأن ولاية الغير قد زالت عنه ، فله أن يكون عند مَن شاء . { وإن شاء تفرّد بنفسه ولا يقيم مع أحد ، إلا أن يكون فاسداً غير مأمون // [ف ١٨٩ ب] فلا بد أن يأخذ على يده ويضمه إليه } لأن فى تركه استفساداً له دون الاستصلاح . { وكذلك الجارية البكر ، للأب أن يضمها إليه ويحصنها ويحفظها } للعلة التى ذكرنا ، ولأنه يخاف عليها ، فله أن يحفظها . { وأما الثيب // [ل ٢٣٢ أ] فإن كانت مأمونة فلا سبيل للأب عليها مثل الغلام المأمون الرشيد ، وإن كانت مخوفة على نفسها غير مأمونة

---

818 (١) ف : وحارثة

(٢) لم يره هذا الحديث فى وسنك . إنما انظر ابن سعد ، ج ٤ ، قسم ١ ، ص ٢٤ . والخالة كانت عند جعفر .

(٣) أنظر فقرة 814 ملاحظة ١ .

(٤) ساقط من ل .

للأب أن يضمها إليه مثل الغـــلام ، إذا كان غير رشيد ، والجارية البكر لوجود خوف الفساد عليها ، فإن لم يكن له أب فللولىّ أن يرفع أمرهم إلى القاضى ليسكنهم بين قوم صالحين ويأمرهم بتفقد أمورهم وتعرّف أحوالهم . وليس لسائر الأولياء أن يضمهم إليه بعد الكِبر إن أبوا ذلك ، لأن هذا المعنى إنما يستحقّ بالأبوة . ومعنى الأبوة غير موجود فيما عدا الأب والجد فى النكاح .

820 كتاب الشهادات وما يجوز منها وما لا يجوز

باب الرجل يشهد على نسب لم يدركه ولم يعرفه معرفة متقدّمـــة

الأصل فى هذا الباب أن طريقة معرفة الأنساب الخبر دون المعاينة . الدليل على صحة هذا أنـّا نشهد أن علياً رضى الله عنه كان ابن أبى طالب . وكذلك أبو بكر وعمر وغيرهم من الصحابة ، رضوان الله عليهم ، نشهد بأنسابهم مع عدم المشاهدة منا لأنسابهم . فإذا كان كذلك ثبت أن الطريق الموصل إلى معرفة النسب هو الخبر . فإذا شهد رجلان عـدلان ، أو رجل وامرأتان ، بنسب رجل جاز لنا أن نشهد بذلك النسب قياساً على حكم الحاكم . والمعنى الجامع بينهما أن طريق الإثبات[1] فيهما من جهة الخبر لأن القاضى أيضا لا ينفذ الحكم من جهة المعاينة بثبوت حق الطالب ، وإنما يحكم بشهادة الشهود على أن الحق للطالب ، وجاز له أن يشهد بعد الحكم بذلك ـ بأن الشىء للطالب ، وإن كان قد عزل[2] . كذلك النسب ، لما شهد الشهود به جاز لنا أن نشهد بذلك النسب وإن لم نُعاين الفراش الذى كان // [ل ٢٣٢ ب] يتعلق به ثبوته . ولا يشبه هـذا المـال . إنه لا يجوز لنا أن نشهد

---

820 (١) ل : الأنساب . (٢) ل : زل .

بمال فى يدى رجل أنه لغيره بشهادة شهود شهدوا بذلك للخارج لأن الإثبات للإملاك من جهة المعاينة وظاهر التصرف والملك . فلذلك افترقا .

821 قال الخصاف : { وإذا شهد الرجل على نسب لم يدركه فالشهادة جائزة } . وكذلك قال أصحابنا . وكذلك النسب من قبل الأم ، الشهادة عليه جائزة . واستشهد بأنساب الصحابة على ما بينا .

822 قال : { ولو أن رجلا أتاه رجل فقال : أنا فلان بن فلان الفلانى[1] لم يسع هذا الذى سمع هذا أن يشهد على نسبه ، ولا أنه فلان بن فلان حتى[1] يسمع ذلك من العامة ويظهر . فإذا تتابعت به الأخبار من الناس على غير تواطىء واشتهر بذلك ووقع فى قلبه تصديق ذلك ، وَسعه أن يشهد على نسبه. وقال أبو يوسف : إذا شهد بذلك رجلان عدلان وسعك أن تشهد على نسبه } .

قال الشيخ : وهو قول محمد ، والأول قول الخصاف . قد بين الخصاف قول محمد // [ف ١٩٠ أ] بعد هذا فى الباب أنه مثل قول أبى يوسف . والحجة فى ذلك ما بينا .

قال : { ولو أن رجلا نزل بين ظهرانى قوم لا يعرفونه فقال : أنا فلان بن فلان ، لم يسعهم أن يشهدوا على نسبه حتى يقع معرفة ما قال فى قلوبهم . وحدُّ ذلك عندى أن يُقيم عندهم سنة . فإن وقع ذلك فى قلوبهم وسعهم أن يشهدوا على نسبه ، وإلا لم يسعهم الشهادة على نسبه } .

قال الشيخ : والقول على قال محمد . والذى قال الخصاف قول نفسه وليس بشىء ، لأنه يجوز أن يكون رجلا محتالا يكون فى نفسه غرض

---

822 (١) ساقط من ل .

فيقول : أنا ابن فلان . فإذا لم يجز لأحد أن يشهد على نسبه بقوله وإن بقى سنين .

823 مسألة

{ ولو مات رجل فأقام رجل شاهدين أن الميت فلان بن فلان الفلانى وأنه هو فلان بن فلان الفلانى بن عمه ، يلتقون إلى أب كذا ، وأنه وارثه لا يعلمان(١) له وارثاً غيره ، فصُرِّح بالميراث } . وهذا بين على ما وصفنا لأن النسب قد ثبت بشهادة شاهدين ، فهو أولى بالميراث .

قال : { ولو أقام رجل شاهدين // [ل ٢٢٣ أ] أن الميت فلان بن فلان الفلانى ، فنسبه إلى أب آخر غير الذى نسبه إليه الأول ، وأنه هو فلان بن فلان [قبيلته](٢) وأنت عصبته ووارثة لا يعلمان له وارثاً غيره ، لم يقبل هذه الشهادة ، ولم أحول النسبة من أب ومن جد إلى أب وجد آخر بعد أن ثبت على ما وصفت } .

قال الشيخ : لأن الحكم الأول قد مضى بشهادة شهود فيكون مبطلا لكل شهادة تأتى على ضده . وهذا كما قالوا فى الرجل إذا أقام (٣)بينة على نكاح امرأة(٣) فحكم القاضى بنكاحها له ثم جاء آخر وأقام شاهدين على نكاحها منه كانت الشهادة الثانية باطلة لا يُلتفت إليها ، لأن الحكم بالنكاح الأول قد وقع ، فلا يفسخ بالشك . قلت : ولهذا نظائر كشهادة شاهدين على قتل زيد بالكوفة وشهادة آخرين بمكة فى ذلك اليوم . وكذلك الطلاق على مثل هذا(٤). إن الحكم بشهادة الشهود الأول تبطل شهادة الآخرين . قال الشيخ :

823 (١) فى الأصل : يعلمون .

(٢) كذا فى ج . وفى ف غير منقطة ، وفى ل : القائه . والمعنى مضطرب . ولعله : من قبيلته وعصبته .

(٣) ل : على مكان أمرأه . (٤) ساقط من ل .

فى مسئلتنا لو جاؤوا جميعاً معاً لم تجر شهادة واحد من الفريقين على ما قلنا فى النكاح والطلاق والقتل إذا اجتمعت الشهود وتنافت ولم يثبت واحد من الفريقين .

قال : { وإن شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً غير فلان هذا[٥] } .

قال الشيخ : قوله : لا يعلمون له وارثاً غيره ، غير محكوم به هو قولهم نشهد أن هذا وارثه . وليس فى هذا خلاف بينهم . [٦]والذى أوجب الخلاف بينهم[٦] فى هذا الموضع قولهم : لا يعلمون له وارثا[٧] بأرض كذا . فجعل أبو يوسف ومحمد هذا تهمة فى إسقاط الشهادة كأنهم أوهموا أنه ليس له وارث بأرض العراق وله وارث آخر غير الحاضر ، وقد ثبت كونه وارثاً بشهادتهم أن هذا وارثه . ألا ترى أنهم لو اقتصروا على هذا حكم القاضى بشهاداتهم أنه وارثه بعد التلوم ودفع إليه ، فزيادة قولهم : لا يعلمون وارثاً غيره بأرض كذا ، لا يوجب بطلان الشهادة ، إذ ليس فى اللفظ ما يوجب ثبوت الوارث بأرض // [ف ١٩٠ ب] أخرى .

824 فصـــل

{ وإذا اشتهر النسب بالخبر المتواتر فلا فرق بين أن يكون المخبرون // [ل ٢٣٣ ب] عدولا أو غيرهم } . لأن ما طريقه الإخبار فلا يحتاج أن يُشرط فيه كون المخبر من أهل الشهادة أو غيره .

قال : { فأما الشهادة على نسب المرأة ، فإذا أراد الرجل أن يتعرف المرأة ليشهد لها بوكالة أو غيرها مما يُحتاج أن يُقال : أقرّت عندى فلانة بنت فلان

---

(٥) هذه الجملة تكملة لقول الخصاف السابق .

(٦) ساقط من ل . (٧) ساقط من ل .

بكذا وكذا ، فينبغى أن يدخل عليها وعندها جماعة من النساء ممن يثق بهن[١] ذلك الرجل ، فيسألهنّ : إن هذه فلانة ابنة فلان ؟ فإذا قلن نعم ، وتبين له أنها فلانة تركها أياماً ثم نظر إليها بحضرة نسوة آخرين يُعرّفنه إياها كما عرّفه الأوليات . فيتردد إليها مراراً شهرين أو ثلاثة . فإذا وقع معرفتها فى قلبه بقول رجال ونساء ومن أمكنه ، يشهد عليها بعد ذلك } .

قال الشيخ : وهذا مذهب الخصاف . وعندنا غير هذا . وأما عند أبى حنيفة فتقبل فى ذلك شهادة امرأة واحدة عدل . وعند أبى يوسف ومحمد : شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين . وأما أبو حنيفة فحمل الأمر على الخبر ، فيشترط فيه العدالة إذا كان من أخبار الآحاد . وإذا تواتر لم يحتج إلى شرط العدالة وأما هما فحملاه على الشهادة ما لم يتواتر ، فإذا تواتر صار قولها مثل قول أبى حنيفة .

825 باب الشهادة على الموت

الأصل فى هذا الباب أن الموت ، وإن كان مما يعاين الشهود تلك الحال ، فإن طريق إثباته من جهة الاستفاضة[١] والخبر . ألا ترى أنا نشهد بموت على ابن أبى طالب وأبى بكر الصديق ، رضى الله عنهما ، وإن لم نعاين موتهما . فإذا كان كذلك جاز للإنسان أن يشهد على موت الميت وإن لم يشاهده إذا إذا استفاض الخبر عنه وثبت[٢] . وهذه أربعة أشياء يجوز للإنسان أن يشهد عليها من طريق الاستفاضة والخبر المتواتر وإن لم يعاين القصة : أحدها النكاح ، والآخر الدخول بالمرأة المنكوحة ، والثالث النسب ، والرابع الموت.

---

824 (١) فى الأصل بهم . وجميع الضمائر هنا مذكرة فى الأصل .

825 (١) أى انتشار الخبر . (٢) ساقط من ل .

أما النكاح فلأن طريقه من جهة الخبر . ألا ترى أنا نشهد أن عائشة // [ل ٢٣٤ أ] رضى الله عنها كانت امرأة النبى صلى الله عليه وسلم ، وأن فاطمة رضى الله عنها كانت امرأة على ابن أبى طالب عليه السلام وإن كنا لم نعاين النكاح ؟ وأما الدخول فكذلك ، لأن الشهود لا يجوز لهم معاينة تلك الحال ، فيكون طريقه الخبر كالنسب والكلام فى النسب قد مضى فى الباب المتقدم . وأما الموت فقد بينا الكلام فيه فى صدر الباب ، وينبغى أن لا يشهد السامع على الموت إذا قال المخبر له بذلك : إنى ما عاينته ولا حضرتُ جنازته، حتى يستفيض الخبر عنده . فإذا استفاض جاز له أن يشهد . فإن أطلق المخبر وقال : إن فلانا قد مات ، ولم يقل : إنى لم أعاينه ، جاز للسامع أن يشهد إذا كان المخبر ثقة ، لأن قوله محمول على الصحة كأنه قد عاين موته إلى أن يُعلم خلافه . وأما إذا بين فقال : لم أعاين موته فقد زال الإشكال ، فلا يجوز للسامع أن يشهد لأن طريقه الخبر//[ف ١٩١ أ] ، [ولم يخبره][3] المخبر بمعاينة الموت . فإن قيل : أما النسب والدخول فلا يجوز للشهود أن يعاينوا تلك الحال فتقبل شهادتهم عليها ، لأن طريقه الخبر دون المعاينة . والنكاح والموت لم لا تقول إن الشهادة غير جائزة حتى يشهدوا بمعاينة الحال كما قُلتم فى سائر الحقوق . قيل له : إنما فرّقنا بينهما لما بينا فيما تقدم ، ولأنه لمّا ثبت أن النسب يجوز أن يُشهدَ به على وجه الخبر فالنكاح الموجب لثبوت النسب مثله .

قال الشيخ : ولا نعلم فى هذا خلافا . وقد جعل بعض الناس هذا أصلا للخبر الواحد ، أنه يوجب العلم لنا إذا رأينا جنازة موضوعة على باب دار إنسان ، فسألنا واحد من خارجى الدار : من مات فى هذه الدار ، فقال: فلان ، يقع لنا العلم بموته . وكذلك لو دخلنا على جماعة من الناس عند القاضى فقلنا

---

(٣) فى الأصل : وقد أخبره . والمعنى لا يستقيم إلا بالنفى .

لواحد منهم : من القاضى فى هذه الدار ، فقال هذا // [ل ٢٣٤ ب] يقع لنا العلم بأن المشار إليه هو القاضى دون غيره .

قال الشيخ : وهذا ليس بشيء لأن هذا لا يوجب العلم عندنا وإنما هو سكون النفس على جهة تغليب الظن ، ألا ترى أنه لو قال واحد آخر بعد الأول بخلاف ما قال الأول لشككنا فى الخبر الأول . ولو كان العلم قد وقع بالخبر الأول لم يشكك فيه بخبر[٤] الثانى . فإذا كان كذلك بان لك أن هذا لم يوجب العلم ، وإنما فيه سكون النفس من جهة غالب الظن ، مثل ما نقول فى الصلاة : لو صلى واحد أربع ركعات كانت نفسه قد سكنت إلى أنه قد أدى فرض الصلاة ، ومع ذلك لم يقع له العلم اليقين بذلك . لأنه لو قيل له : إنك لم تُصلِّ أربع ركعات ، وإنما صليت ثلاثاً لشكك فيما مضى من صلاته .

826 باب الشهادة على العتق والطلاق والولاء

الأصل فى هذا أن « الشهادة بالخبر[١] » غير جائزة فى الوجوه كلها لقوله تعالى ﴿ إلا مَنْ شهد بالحقّ وَهُمْ يعلمون ﴾[٢] ، ولقوله عليه السلام « إذا رأيت مثل هذه فاشهد وإلا فدع »[٣] ، يعنى مثل الشمس . الا أنا خصّصنا الشهادة على النسب والنكاح والدخول والموت لما بينا من الدلالة . وما عدا هذه الأربع بقّينا الحكم فيها على ما أوجبه الظاهر والسنة . فإذا كان كذلك قلنا فى الطلاق والعتق وغيرهما من الحقوق لا تقبل الشهادة حتى يشهد على معاينة المشهود به أو على إقرار المشهود عليه بذلك ، إلا عند أبى يوسف ، فإن

---

(٤) ل : مخبر .

826 (١) ل : الخبر بالشهادة . (٢) سورة الزخرف ، ٤٣ ، ٨٦ .

(٣) لم يرد هذا الحديث فى ونسنك . إنما انظر كنز العمال ، ج ٧ ، ص ١٣ : هل ترى الشمس على مثلها ، فاشهد أو دع .

الشهادة على الولاء إذا كان له أبوان أو ثلاثة فى الإسلام جازت استحساناً مثل أن يستفيض الخبر عندهم بأن جد هذا الرجل أو جد أبيه مولى عتاقة لفلان ، [جد رجل آخر][(٤)] فجاز لهم أن يشهدوا بولاء هذا الرجل وبولاء الجد وجد الأب المشهود له ، وإن لم يعاين عتق الجد الأول ، لأن هذا يجرى مجرى النسب ، فيجوز كما تجوز الشهادة على النسب . ولم يجوز أبو يوسف الشهادة على أن هذا معتق فلان ومولاه لأن فى نفس هذا إزالة ملك المالك ، فلا تجوز الشهادة بالخبر ، كما لا تجوز فى الأملاك . وأما فى المسئلة فإنما شهدوا بكون الجد الذى قد مات وزال ملك مولاه عنه // [ف ١٩١ ب] مولى لهذا الرجل . فلذلك افترقا .

827 مسـئلة

قال : { ولو أن رجلين ادعى كل واحد منهما ولاء رجل ميت وأقام البينة أن فلاناً الميت كان عبداً له وأنه أعتقه وأنه مولاه ، وارثه ، لا يعلمون له وارثاً غيره ، قضيتُ بالولاء والميراث بينهما نصفين } . ولا يشبه هذا شاهدين على أن الميت فلان بن فلان الفلانى . وشهد آخران[(١)] بأن الميت هو فلان الفلانى ، رجل آخر من قبيلة أخرى ، إن شهادتهما جميعاً باطل إذا جاء الفريقان معاً ، من قِبل أن الميت لا يجوز أن يكون من قبيلتين ومن رجلين . فإذا لم يكن هناك [أية بينة أخرى][(٢)] لم يجز أن يحكم بواحد من البينتين لاستحالة كون الميت من رجلين ومن قبيلتين مع عدم[(٣)] المدعى لثبوت النسب منه . وأما فى مسئلتنا فإن الولاء يجوز أن يكون [(٤)]من رجلين بأن يكون[(٤)] العبد كان

---

(٤) ل : وجد آخر . ف : رجل آخر .

827 (١) ل : آخر . (٢) فى الأصل : أنه ابنه .

(٣) ل ، ج : مدعى والمعنى ناقص . (٤) ساقط من ل .

بينهما وأعتق كل واحد منهما نصيبه . فإذا ادعى كل واحد منهما أن الولاء له جاز أن يحكم بينهما ، كالملك لجواز كون المدعى بينهما بحال . وفي الباب الأول يستحيل أن يكون من قبيلتين ، فلذلك افترقا . ولا يشبه[٥] ما ذكرنا من النسب أن يكون المدعى امرأتين ، كل واحدة منهما تدعى أنه ابنها ، لأنا وإن علمنا أن الولد لا يكون منهما فإنا نحكم لها بالحقوق التي ثبتت بين كل واحدة وبين ولدها . وهذا المعنى غير موجود في مسئلتنا ، فلذلك افترقا . وإن جاءت إحدى اثنتين قبل صاحبتها من هذه المسائل كلها قضينا به [للأولى][٦] وتبطل بينة [الثانية][٧] لأن // [ل٢٣٥ب] الحكم بثبوت النسب من الأولى[٦] قد ثبت من قبله[٨] فلا يُفسخ بقول شهادة لا نعلم بصدقها .

828 باب الشهادة على ملك لم يدركه ولم يعاين صاحبه

مسائل هذا الباب على ثلاثة أوجه : أحدها أن يكون عاين الملك والمالك . فهذا جائز له الشهادة به قياساً واستحساناً عندهم ، لأنه قد شهد مع علمه بالمشهود له والمشهود به ، فجازت الشهادة به لقول الله تعالى ﴿ إلا مَن شهِدَ بالحقِّ وهُم يَعلمُون ﴾[١] وبقوله ﴿ ومَا شهِدْنا إلا بما عَلِمْنا ﴾[٢] ، وبقوله عليه السلام « إذا رأيت مثل هذه الشمس فاشهد » . ولا يعرف خلاف بين الناس في جوازها أيضاً . والثاني أنه لم يعاين الملك ولا المالك فهذا غير جائز قياساً واستحساناً عند الجميع لوجود ضد الوجوه التي ذكرناها في المسئلة الأولى . ولم تجز الشهادة إلا على الوجوه التي ذكرناها . والوجه الثالث أن

---

(٥) ساقط من ل .
(٦) في الأصل : للأول .
(٧) في الأصل : الثاني .
(٨) في الأصل : قبيلة .

828 (١) سورة الزخرف ، ٤٣ ، ٨٦
(٢) سورة يوسف ، ١٢ : ٨١

يكون قد عاين الملك ولم يعاين المالك . إلا أنه معروف الاسم مشهور عنده وعند الناس بالإسم والنسب . فهذا جائز له أن يشهد بالملك لفلان الذى لم يعاينه [بالمشاهدة][٣] استحساناً . وكان القياس أن لا يجوز كما لا يجوز مع جهالة الملك عنده . ووجه الاستحسان أن الملك إذا كان مشهوراً بالمالك جاز له أن يشهد وإن لم ير المالك ، لأن شهرة الاسم تقوم مقام المعاينة . ألا ترى أنه لو قال قائل : اشهدوا // [ف ١٩٢ أ] بأن لفلان علىّ ألف درهم وهو رجل مشهور عند الناس ، جاز لنا أن نشهد على إقراره بالدين لفلان متى ما طالب به وكيله أو من يقوم مقام فلان . فكذلك هذا مثله . فهذه وجوه المسائل . وأما إذا كان المالك غير مشهور فإن الشهادة // [ل ٢٣٦ أ] له لا تجوز حتى يحضر عند القاضى فتقع الشهادة له بعينه ، كما لا يجوز له أن يشهد بالملك حتى يعاين الملك المشهود به إن كان مما [٤]يجوز له الشهادة عليه[٤] . كذلك المالك . وإنما أجازوا استحساناً فى الذى اسمه مشهور وفى المرأة التى تكشف عن وجهها لكل واحد وهى مشهورة الإسم والنسب . [٥]ولم يذكر فى الكتاب إذا عاين المالك ولم يعاين الملك كيف يكون حكمه[٥] . وينبغى أن لا تجوز الشهادة لأنه قد قال فى غير هذا الموضع : إذا كان المشهود به مما ينتقل ويحوّل لم يجز للشهود أن يشهدوا به للمدعى حتى يحضَر المشهود به فتقع الشهادة على عينه .

829 قال : { وقال أبو حنيفة : إذا كانت الدار والعبد والثوب أو شىء من ذلك فى يدى رجل وَسِعك أن تشهد أن ذلك له وفى ملكه } . وذلك لأن الملك هو اليد ، بظهور التصرف فى الظاهر . فإذا شاهدوا هذا المعنى جاز لهم أن يشهدوا له بالملك .

---

(٣) كذا فى ج . وفى ف ، ل : مشافهة .

(٤) ف : يحوله المشهود عليه . (٥) ساقط من ل .

قال : { وروى محمد عن أبى حنيفة فى الجامع الصغير أنه قال : إذا رأيتُ فى يدك شيئاً سوى العبد والأمة وسعنى أن أشهد بذلك لك[1] } . وهذا صحيح على ما قال لما بينا فى الفصل الأول . وروى ذلك الأول أبو يوسف عن أبى حنيفة فى الإملاك . وأما العبد والأمة فإنما أراد به إذا كان ممن يثبت له يد ولا يكون صبياً صغيراً يُولّى عليه ، فلا يكون له يد فى نفسه ، فيكون حكمه حكم الثوب والدابة . وأما الكبير فإنما لا يجوز له أن يشهد لصاحب[2] اليد بالملك له لأن الكبير فى يد نفسه فى الظاهر ، لأن أصل الإنسان الحرية حتى يثبت الرق . وإذا كان كذلك فالظاهر أن العبد فى يد نفسه فلا يصدّق صاحب اليد أنه ملكه ولا يجوز لنا أن نشهد له بالملك كما لا يجوز لنا أن نشهد[2] بما فى يد زيد لعمرو .

قال : { وقال أبو يوسف : لا يشهد على الملك أيضاً حتى تقع معرفة ذلك فى قلبه } .

قال الشيخ : وهذا قولهم جميعاً . لا يجوز أن يشهد حتى يقع له أنه له ويتصرف فيه لنفسه . فأما إذا وقع له أنه وكيل إنسان فى ذلك لم يجز له أن يشهد بالملك له .

830 باب الرجل يرى اسمه وخطه وخاتمه فى الكتاب ولا يذكر الشهادة //[ل ٢٣٦ ب]

قال : { ولا يجوز للرجل أن يشهد بشىء ولا يعلم صحته لأجل خطّه واسمه[1] وخاتمه فى الصكّ } .

---

829 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .

830 (١) ساقط من ف .

قال الشيخ : وهذا قول أصحابنا جميعاً . فأما ديوان القاضي على الخلاف . قال أبو حنيفة : لا يجوز مثل هذا وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز له أن يشهد إذا كان ديوانه تحت خاتمه وفي يده من حيث لا يقدر غيره أن يحتال عليه . والذي يدل على صحة ما قلنا في مسئلتنا قول الله تعالى ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ فشرط علم الشهادة بالشهادة . وقال عز وجل ﴿ وما شهدنا إلا بما علمنا ﴾[٢] . فأخبر أن شهادتنا // [ف ١٩٢ ب] صحيحة لأنّا قد شهدنا بما علمنا ؛ فدل بذلك على أن العلم من شرائط صحة الشهادة . وقال عز وجل ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى ﴾[٣] . فلو كان العلم غير مشروط في صحة الشهادة لم يحتج إلى تذكرة الأخرى . بل كانت بعلم الصك أو بختم عليه . فلما شرط التذكرة علمنا أن الشهادة لا تصح إلا مع العلم بالمشهود به . وقال النبي عليه السلام « إذا رأيت مثل هذه فاشهد وإلا فدع » . ومن جهة النظر ، إن الخط والنقش يجوز أن يُفعل مثله بالحيلة ، فلا يكون الخط ونقش الخاتم دلالة على أنه من فعله . فإذا كان كذلك صار شاهداً بغير خط ولا خاتم ولا علم بالشهادة فلا يجوز . °وأيضاً فإن الخطوط قد تشتبه وتتماثل ويحكي بعضها بعضاً ، فمن الجائز أن يكون المدعي قد لبَّس[٤] ذلك فلا تجوز الشهادة حتى يذكر الشاهد الشهادة° .

831 مســــئلة

{ وشهادة الأخ لأخيه جائزة } لقوله تعالى ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾[١] وهذا عامّ في الأخ وغيره . فليس للأخ شبهة ملك في مال الأخ ، فصار كالأجنبيّ . ²فكما جازت للأجنبي² جازت للأخ .

---

(٢) سورة يوسف ، ١٢ : ٨١ (٣) سورة البقرة : ٢ : ٢٨٢ .
(٤) أي خلط . (٥) ساقط من ف .

831 (١) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٢ . (٢) ساقط من ل .

{ وأما شهادة الوالد لولده فلا تجوز وإن سفل الولد وعلا الوالد } من قِبَل أن النبي عليه السلام قال « أنت ومالك // [ل ٢٣٧ أ] لأبيك » . وقال «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه»(٣) . وإن الولد من كسبه. فأضاف ملك الولد إلى الوالد ، فكما لاتجوز شهادة الإنسان لنفسه لاتجوز شهادته لولده . والمعنى الجامع بينهما أن كل واحد من المالين الذى تقع الشهادة عليه مضاف إلى الشاهد . وأيضاً لاتجوز شهادة إنسان لعبده لأنه وماله مضاف إليه . كذلك لاتجوز شهادة الوالد لولده لهذه العلة . { وأما شهادة الولد لوالده فإنما لم تجز لكونه منسوبا بالولاد } قياسا على امتناع جواز [شهادة] الوالد له ، لكونه منسوبا إليه بالولاد، لأن الأب هو منسوب إلى الولد بأنه والده ، والولد منسوب إلى الأب بأنه ولده ، فامتنع جواز شهادة الولد لوالده كما امتنع جواز شهادة الوالد لولده . والمعنى الجامع بينهما كون كل واحد منهما منسوب إلى صاحبه بالولاد . {وأما شهادة الزوج للزوجة فلا تجوز} لوجهين : أحدهما أن له تبسُّطا فى مال المرأة ، فصارت الشهادة كالشهادة لنفسه . فلا تجوز من هذه الجهة . والوجه الثانى أن زيادة المال للمرأة يوجب زيادة قيمة البضع إذ الكفاءة تعتبر عندنا بالمال والجمال والحسب . فإذا كانت المرأة غنية مكثرة كانت قيمة البضع أكثر. والبضع هو ملك الزوج على معنى الاستباحة،فصارت الشهادة واقعة لنفسه فلا يجوز. وأما شهادة الزوجة للزوج فلوجهين : أحدهما تبسُّطها فى مال الزوج ماليس لغيرها ، فصارت متهمة فى الشهادة من هذه الجهة . فلا يجوز . والثانى أنه لما صح بطلان شهادة الزوج لها ، قلنا إن شهادة المرأة مثلها فى البطلان لوجود الزوجية بينهما .

{ وأما شهادة الصبي فلا تجوز } لقول الله تعالى (واستشهِدوا شهيدَينِ من رجالِكُمْ فإن لم يَكُونا رَجُلَينِ فرجلٌ وامرأتانِ) فعدل عن

(٣) أنظر مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ١٧٩ .

الرجلين // [ف ١٩٣ أ] إلى رجل وامرأتين . ولم تجز شهادة غير هؤلاء إذ حكم الشهادة // [ل ٢٣٧ ب] مأخوذ من الكتاب ، وليس فى الكتاب جواز الشهادة لغير الرجال والنساء . والصبي ليس من واحد منهما فى الإطلاق قبل البلوغ . وأيضاً قال الله تعالى (ممَّن ترضونَ منَ الشهداءَ)(٤) . والصبي ليس ممن يرضى من الشهداء . وأيضا فإن العدالة شرط فى صحة الشهادة لقوله تعالى (واشهِدوا ذوَى عدلٍ منكمْ)(٥) . والصبي لا يُقال أنه عدل . وأيضا قال الله تعالى (وأقِيموا الشهادة لله)(٦) كما قال (وأقِيموا الصلاة)(٧). فوجب أن لا يكون داخلا فى قوله (وأقِيموا الشهادةَ) لأن إقامة كل واحد منهما عبادة لله تعالى . وأيضا فإن الله تعالى . وأيضا فإن النبى عليه السلام رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم . فظاهر هذا يمنع لزوم الصبي حكما من الأحكام . ونحن لو جعلنا شهادته شهادة لزمه الحضور إلى إقامة الشهادة ، ولزمه الفسق بامتناعه عن إقامتها . وظاهر هذا الخبر يمنع لزوم شيء من الأحكام ، فلا يجوز لنا أن نثبت حكم فعله إلا بقيام الدلالة . وأيضا فإن الصبي ليس يجوز إقراره على نفسه لغيره ، فمَن لا يملك نفسه كيف يجوز أن ينفذ حكم قوله على غيره؟ وأيضا لما ثبت أن إقراره على نفسه غير جائز ، صار كالمجنون الذى لا يجوز إقراره على نفسه ، فلا تجوز شهادته على غيره . كذلك الصبي . وأيضا فإنه لا خلاف بين الناس (٩ أن الصبي ٩) لا تجوز شهادته فى العقود . وإنما قال مالك(١٠) : تجوز شهادته فى الشجاج التى أصابها الصبيان من اللعب . وإذا لم تجز شهادته فى العقود وسائر الأحكام كانت شهادته فى الشجاج أولى بالبطلان لأن الشجاج إنما يؤدى إلى تلف النفس ووجوب القصاص بالعمد . وقد أُخذ علينا

---

(٤) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٢

(٥) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٢ .

(٦) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٢ .

(٧) سورة البقرة ، ٢ : ٤٣ .

(٨) أى التكليف .

(٩) ساقط من ل .

(١٠) أى مالك بن أنس .

فى الشهادات على الجراحات والقصاص مالم يؤخذ عن غيرها . فالشجاج أوجبُ أن يكون أولى بالبطلان فى الشهادة فيه لتعلقها بما ذكرنا من القصاص وغيره .

832 قال : {ولا تجوز شهادة الظنين}وهو المتّهم لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولقوله عليه [ل ٢٣٨ أ] السلام « لا تجوز شهادة ذى ظِنّة ولا ذى إحْنَة »(١) أى صاحب حقد .

قال : { ولا تجوز شهادة مَن جرّ بشهادته منفعة إلى نفسه أو يدفع عن نفسه مغرما } ، لأنها شهادة لنفسه فيما يجرّ إلى نفسه من المنفعة ومايدفع عن نفسه من المضرّة .

833 قال : { وتجوز شهادة الخصىّ } لأنه رجل فيكون داخلا فى قوله تعالى (واستشهدوا شهيدينِ من رجالِكُم) . ولما روى عن عمر أنه أجاز شهادة علقمة الخصى من غير نكير من أحد من الصحابة عليه .

قال الشيخ : لا أعرف عن أصحابنا (١) فى الأقلف أن شهادته تجوز أم لا وذكر الخصاف . فأما فى هذا فلم يذكر عن أصحابنا (١) ولا عن نفسه شيئا . وذكر حديث ابن عباس أن شهادة الأقلف لا تجوز ولا تُقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته . وذكر حديث أبى [بَرْزَة](٢) الأسلمى أن النبى عليه السلام //[ف ١٩٣ ب] سُئل عن الأقلف يحج بيت الله ، قال « لا حتى يختتن »(٣) . وذكر حديث أبى المليح عن أبيه عن سعاد بن أوس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الختان للرجال سنّة وللنساء

---

832 (١) قابل سنن الترمذى ، شهادات ، ٢ .

833 (١) ساقط من ل . (٢) فى الأصل : بردة .

(٣) لم يرد فى ولسنك .

مكرمة »(٤) . ثم ذكر في باب آخر قال : قال أصحابنا : شهادة الأقلف جائزة إذا كان عدلا تؤكل ذبيحته إذا لم يكن تركه للختان رغبة عن السنة .

قال الشيخ : إذا كان إسلامه في حال الكبر يجوز أن يخاف على نفسه القلق أو يخاف على نفسه ذهاب العضو ، فيكون معذوراً في ترك الختان ، غير ملوم بذلك ، فلا ترد شهادته إذا كان عدلا . وأما إذا لم يخف على شيء من ذلك ولم يختتن تهاوناً بالسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذى يرتكب المعاصي ، إن شهادته لا تجوز وإن كنا لا نتيقن كونه فاسقاً في تلك الحال ، وتؤكل ذبيحته لأنه مسلم .

834 مسـألة

{ وشهادة ولد الزنا } جائزة لأن جرم الوالدين لا يضره إذا كان عدلا في نفسه لقول الله تعالى ﴿ وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ ولقوله تعالى ﴿ وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إلا عَلَيْهَا ﴾(١) ، ولقوله تعالى ﴿ وأنْ لَيْسَ لِلإِنْسانِ إلا مَا // [ل ٢٣٨ ب] سَعَى ﴾(٢) ، ولقوله عليه السلام لأبي رمثة « أما هذا فلا يجني عليك ولا تجني عليه »(٣)، يعني ولده من زنا . وأما حديث النبي عليه السلام « ولد الزنا شر الثلاثة »(٤) فهذا عندنا في قصة بعينها ، فقال عليه السلام « شر هؤلاء الثلاثة هو هذا » . وليس يوجب أن يكون عامّا في جميع أولاد الزنا .

---

(٤) قابل مسند أحمد بن حنبل ، ج٥ ، ص ٧٥ . ولم أعثر على اسم سماد بن أوس . ولعله سعد إذ أن سمادا يطلق على النبات عند العرب .

834 (١) سورة الأنعام ٦ : ١٦٤ . (٢) سورة النجم ، ٥٣ : ٣٩ .

(٣) أنظر سنن أبي داود ، ديات ، ٢ .

(٤) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ٣١١ : ولد الزنا أشر الثلاثة .

835 مسـألة

{ قال أصحابنا : شهادة السمع شهادة ينبغي للرجل أن يقوم بها ويشهد بها } .
ويجوز ذلك لقوله تعالى ﴿ إلا من شهد بالحقّ وهم يعلمون ﴾ وهؤلاء قد علموا إذا سمعوا رجلا يطلق امرأته ، أو يُقر لرجل بمال أو غصب أو غير ذلك . وأيضاً لا خلاف بين النـاس أن من رأى رجلا يغصب مال إنسان أو يقتل إنساناً أو غير ذلك من الأفعال لا يسعه الامتناع من إقامة الشهادة وإن كان الفاعل لم يشهد على نفسه بذلك . فكذلك إذا سمع قولا يتعلق به حق الغير وجب أن يشهد بذلك إذا طلب المشهود له . والمعنى الجامع بينهما أن كل واحد منهما يثبت حكمه بنفسه من غير [1]انضمام القضاء إليه . وليس هذا كالشهادة على الشهادة لأن الشهادة لا يثبت[1] حكمها بنفسها حتى ينضم قضاء القاضي . وكان القياس أن لا يثبت حكمها وإن أشهد شاهدا الأصل على شهادتهما غيرهما ، إلا أنهم استحسنوا في جواز الشهادة على الشهادة بالإشهاد ، والإجماع[2] . وما عدا هذه الحال فهو متيقن على ما أوجبه القياس .

قال : { وإن سمعاها من وراء حجاب أو من خلف حائط أو ستر غليظ لا يرونه ، لم يسعهم أن يشهدوا بذلك } لأن الـكلام قد يشتبه ، فيشبه كلام بعضهم بعضاً ، فلا يجوز له أن يشهد حتى يتيقن كون الكلام // [ف ١٩٤أ] كلام المسموع[3] المشهود عليه . إذ الشهادة لا تجوز إقامتها بالظن وغلبة[4] الرأي ، ما لم يقع له العلم بصحتها .

836 قال : ولو أن رجلا دخل إلى بيت فدخل عليه رجل قد علم أنه ليس في البيت غيره ، ثم خرج فقعد على باب البيت وليس للبيت مسلك إلا هذا

---

835 (١) ساقط من ل . (٢) ف : للاجمال .
(٣) ساقط من ل . (٤) ل : عليه .

الباب ، فأقر الرجل الذى داخل البيت بشيء والرجل الجالس على الباب لا يراه ، وَسِعَ الرجل الخارج أن يشهد عليه بما أقرّ { ، من قِبل أنه عالم بكون الكلام الذى سمع أنه للمشهود عليه ، فيجوز كما يجوز لو سمع وهو ينظر إليه .

837 قال[1] : { وكذلك الشهادة على القضاء جائزة بالرؤية والسماع وإن لم يُشهِد عليه } لأن القضاء يثبت حكمه بنفسه ، لا يحتاج فى صحته إلى انضمام معنى آخر إليه . فصار مثل الإقرار بالمال والطلاق والعتاق وغير ذلك من الحقوق .

838 قال : { وإذا دخل الرجلان بين القوم وبينهم منازعة ، فقال لهما الفريقان : لا تشهدا علينا بما تسمعان منا ولا بشيء يدور بيننا ، ثم أقر بعد ذلك أحد الفريقين للفريق الآخر ، أو دار من الكلام بينهم ما تجوز به الشهادة للفريق الآخر على الفريق المقرّ ، فطلب أصحاب الشهادة شهادة الرجلين وقالوا لهما : إشهدا لنا بما سمعتما . فإنه ينبغى أن يشهدا بما سمعا ولا يكتمان ذلك ولا يسعهما إلا الشهادة بما سمعا من قول مَن يجب عليه الحق . وإن كتما ذلك أثِما } . وهذا على ما بينا من وجوب إقامة الشهادة بالسماع . فلا يُلتفت إلى قول مَن قال : لا تشهدا على قولنا . قال الله تعالى ﴿ وأقِيموا الشَّهادَةَ لِلّه ﴾ . وهذا أمر عام ، فهو على الوجوب لكونه أمراً . والأمر عندنا على الوجوب . وهذا عام لوجود صفة العموم حتى تقوم الدلالة على التخصيص .

839 مسـألة

قال : { وشهادة المختبيء جائزة إذا كان عدلا } . ورُوِى عن عمر

837 (١) ساقط من ل .

رضى الله عنه حديثاً أنه أجاز شهادة المختبىء ، ثم قال : هكذا يُفعل بالخائن أو الظالم أو الفاجر ، يعنى يختبىء الشاهد حتى يُقر الخائن فيسمع الشاهد ذلك ثم يشهد به عند القاضى . ورُوى عن شريح ، والشعبىّ ، وإبراهيم أنهم قالوا : تجوز شهادة المختبىء ، وذهبوا إلى أن المشهود عليه إذا كان بحضرته مَن يحفظ عليه كلامه لا يتكلم بكل // [ل ٢٣٩ ب] شىء ويحترز من كلامه . وإذا كان وحده ترسّل الكلام وتكلم بما شاء ، ما يلزمه به حق وما لا يلزم به شىء . وهذا عندنا ليس بشىء . وشهادة المختبىء جائزة لقوله تعالى ﴿ إلا من شهدَ بالحقّ وهم يعلمون ﴾ ولقوله تعالى ﴿ وما شهدنا إلا بما علِمنا ﴾ ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا رأيت مثل هذه فاشهد وإلا فدع » . وهذه العمومات كلها تنتظم المختبىء وغيره . فجازت شهادته كما تجوز شهادة غيره . وأيضاً فإن المشهود عليه لا يمتنع من الإقرار بالحق عند من حضر من الشهود إلا أن يكون ظالماً جائراً . فإذا لم يُتوصل إلى استخراج حق الطالب // [ف١٩٤ب] منه إلا على هذا الوجه جاز للطالب أن يأمر الشاهد يختبىء لسماع الإقرار من المطلوب ليصل إلى حقه .

840 مســــألة

{ وشهادة الوصىّ غير جائزة للميت ولا لليتيم الذى فى حجره } من قِبل أنه خصم فيما يُدّعَى على الميت واليتيم وفيما يثبت لهما . ولا تجوز شهادة الخصم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين »[1] ، ولأنه شهد لنفسه لأنه هو الخصم فى ذلك ، ولا تجوز شهادة إنسان لنفسه .

841 مســــألة

{ وشهادة العبد لا تجوز } لقول الله تعالى ﴿ ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عبْداً

---

840 (١) قابل سنن الترمذى ، شهادات ، ٢ .

مملوكاً لا يقدر على شيء ﴾(١) . والقدرة هى الملك عند أهل اللسان . فوصف العبد المملوك بأنه لا يملك ، فينبغى أن تكون هذه الصفة لازمة فى كل عبد مملوك أنه لا يملك شيئاً ، فلا يقدر على أداء الشهادة إذ هو غير مالك . وأيضاً قال الله تعالى ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُم ﴾ إلى قوله ﴿ ولا يأبَ الشُّهداءُ إذا ما دُعوا ﴾(٢) فنهاهم عن الإباء إذا دُعوا إلى إقامة الشهادة . فلو جوزنا شهادة العبد كان مأموراً بإقامة الشهادة عند الحاكم وترك خدمة المولى . وهذا يؤدى إلى إسقاط خدمة المولى عنه أصلا لأنه يشتغل كل يوم مع الخصوم فى إقامة الشهادات . وهذا غير جائز عند الجميع ، لأن عليه أن يخدم المولى متى ما استخدمه . وللمولى أن يمنعه من الحضور عند الحاكم . وإذا كان كذلك ثبت أن العبد غير // [ل ٢٤٠ أ] داخل فى الخطاب . وإذا لم يدخل فى هذا الخطاب لم تجز شهادته لأنه لا شهادة [له] وإلا قد دخل تحت هذا الخطاب ، إذ الألِفُ واللام دخلتا لاستغراق جنس الشهداء . وأيضاً قال الله تعالى ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ فخاطب من يملك إقامة الشهادة لأن الحكيم عز وجل لا يجوز أن يكلف أحداً ما سبيل له إليه . والعبد لا يملك إقامة الشهادة لكونه مشغولا بخدمة المولى وجب أن يكون غير داخل فى هذا الأمر . وإذا كان ثبت أنه ليس من أهل الشهادة ، إذ صفة الشاهد أن يكون مأموراً بإقامة الشهادة ، وهذا غير مأمور .

فإن قيل : فهذا يوجب أن يكون المريض غير شاهد لأنه غير مأمور بإقامة الشهادة عند الحاكم ، قيل له : المريض مأمور بإقامة الشهادة إذا صح ، فلا يُعترض على ما قلنا . وأيضاً فإنا وجدنا الشهادة جارية مجرى الإرث لأن شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل . فلما كان العبد ممن لا يرث شيئاً وجب أن لا يكون من أهل الشهادة . ولا يلزم على هذا الصبى والفاسق

---

841 (١) سورة النحل ، ١٦ : ٧٥ . (٢) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٢

والأعمى والمحدود فى القذف : إنهم يرثون ولا تجوز شهادتهم لأن هذا عكس علينا أن العلة أن من لا يرث لا يكون من أهل // [ف ١٩٥ أ] الشهادة . وأما من يرث يجوز أن يبطل الشهادة لمعنى آخر . ولا يلزم على هذا القاتل غير جائزة إذا تاب ، وهو من أهل الميراث أيضاً من غير المقتول . وعلتنا أن من لا يرث أصلا لا يكون من أهل الشهادة . وأيضاً فإن العبد لا يملك قول نفسه ولا يلزمه به شىء ما دام ملكا للمولى ، فصار غير مالك لإقامة الشهادة إلا بإذن المولى . وليست هـــذه صفة الشهادة لأن صفة الشهادة أن يشهد الإنسان بما يعلم من غير إذن أحد . وأيضاً كما لم يلزمه فى الحال حكم إقراره بالمال على نفسه أو بالغصب أو غير ذلك من الحقوق التى تلزم . المقرّ بإقراره مع وجود القول منه ، وجب أن لا تجوز شهادة أيضاً قياسا على المجنون والصبى . وأيضاً فإن قول الإنسان أنفذ فيما يُلزم به من إلزام غيره وقول العبد لا ينفذ على نفسه ما دام ملكا للمولى ، فكيف ينفذ على غيره ؟ ويمكن المخالف أن يحتجّ بالظاهر وهو قوله // [ل ٢٤٠ ب] ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ والعبد من الرجال . والجواب أن المراد ما بينه فى الآية من المخاطبين بترك [الإباء][3] عن إقامة الشهادة عند الحاكم . ويحتج أيضاً بقوله ﴿ وأشهدوا ذوَىْ عدل ﴾[4] . فالظاهر ينتظم الحر والعبد إذا كانوا عدولا ويحتج أيضاً بقوله ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ وهذا عام فى كل مكلف لقوله ﴿ أقيموا الصلاة ﴾ والعبد مكلف ، فينبغى أن يكون داخلا فى الخطاب . ومن جهة النظر بأن إقامة الشهادة عبادة عن [ ][5] فصار كالصلاة التى تلزم كل مكلف .

---

(٣) فى الأصل : الابيا . (٤) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٢

(٥) بياض فى ف ، ج . ولا شىء فى ل .

842 مسـألة(١)

قال : {وقال أصحابنا : إن شهد العبد بحق على رجل وهو عبد فرد القاضى شهادته لعلة الرق ثم أعتق ، فشهد بعد العتق بتلك الشهادة ، إن شهادته جائزة ويمضيه الحاكم } . وذلك من وجهين : أحدهما أن الذى منع من جواز الشهادة هو الرق ، والرق قد زال عنه بالعتق ، فوجب أن تجوز شهادته كما تجوز شهادة الحرّ به . والثانى أن زوال الرق مما يحكم به الحاكم فصار كالإسلام لكون كل واحد منهما مما يجوز أن يحكم به الحاكم ويثبت بالشهادة عند الحاكم . فإذا كان كذلك وجب أن تجوز شهادته إذا زال الرق فى الشىء الذى شهد به فى حال الرق كما تجوز شهادة المسلم فى الشىء الذى شهد به فى حال الكفر ، فردت لأجل الكفر . ولا يلزم على هذا الفاسق إذا ردت شهادته . وكذلك كل(٢) متهم ردت شهادته لتهمة ما لم ينفذ تلك الشهادة ابدا ، من قبل أنا لا نتيقن زوال التهمة ، فلا تجوز شهادته فيما ردت لأجل التهمة مع جواز وجود تلك التهمة الموجبة لرد شهادته . والثانى(٣) أن زوال التهمة ليس مما يوجب عند الحكام وتقام عليه البينات ، فلا يقع الحكم بزوال التهمة فلا تجوز // [ف ١٩٥ ب] شهادته تلك . والمعنى الموجب لرد الشهادة لم يقع الحكم بزواله بوجه .

843 مسـألة

{وشهادة الأعمى لا تجوز عند أبى حنيفة ومحمد سواء كان بصيراً فى وقت تحمّل الشهادة ثم عمى ، أو كان أعمى فى الأصل . وعند أبى يوسف : إن كان بصيرا فى وقت التحمل ثم شهد عند // [ل ٢٤١ أ] القاضى فقال : أشهدنى

---

842 (١) ل : فصل . (٢) ل : حكم .
(٣) كذا فى الأصل عدا ج ففيها : الثالث .

فلان بن فلان ، ولم ينسب إلى الجد ، (١)ولا إلى(١) قبيلة يُعرف بها ، ولا إلى قرية ولا صناعة يُعرف بها لم تجز شهادته . وعند الشافعي تجوز شهادته وإن كان أعمى في حال التحمل . والذي يدل على صحة قول أصحابنا . في أنه لا يجوز تحمل الشهادة وهو أعمى قول النبي عليه السلام « إذا رأيت مثل هذه » يعني الشمس « فاشهد وإلا فدع »(٢) . ومعلوم أن الأعمى لا يرى الحق المشهود به مثل ما يرى الشمس فلم تجز شهادته . إذ قد شرط النبي صلى الله عليه وسلم جواز إقامة الشهادة أن يرى الشاهد مثل ما يرى الشمس بعينه . وهذا الخبر قد انتظم الكلام على الشافعي وعلى أبي يوسف جميعاً ، لأنه منع جواز أداء الشهادة إلا أن يرى مثل ما يرى الشمس . والشاهد إذا كان أعمى في حال التحمّل لم ير المشهود به كما يرى الشمس ، فلا تجوز شهادته . وإذا كان بصيرا ثم عمي لم يجز أداؤها لأنه لا يرى الحق المشهود به إن كان عينا ، وإن كان دينا فلا يرى المشهود عليه [قبل](٣) الأداء . فينبغي أن لا يجوز لعدم شرط جواز الأداء . وأيضاً فإن الشهادة من الأعمى تقع بالاستدلال لأنه يحتاج أن يستدل بنغمة الكلام الذي سمعه على أنه كلام المشهود عليه أم لا . والشهادة لا يجوز أداؤها بالاستدلال ، لأن الاستدلال على هذا الوجه لا يُكسبه العلم ، وإنما هو غلبة الظن عند الاجتهاد . فطلب الحق وأداء الشهادة على الوجه غير جائز .

فإن قيل : كما جاز أن يطأ امرأته وهو أعمى لوقوع غلبة الظن كونها امرأته لم لا يجوز أن يشهد وهو أعمى بغلبة الظن ؟ قيل هذا ساقط الاعتبار(٤) لأن الوصول إلى الوطء بالاجتهاد غير ممتنع بدلالة أن رجلا لو زُفّت إليه

---

843 (١) ساقط من ل .
(٢) أنظر فقرة 826 ، ملاحظة ٣
(٣) في الأصل : وقبل . أي قبل أداء الشهادة .
(٤) ساقط من ب .

امرأة وقيل إن هذه امرأتك جاز له وطؤها بقول المخبر بأن تلك إمرأته . والشهادة لا تجوز إقامتها على هذا الوجه . لأن رجلا لو قال : هذه الجارية (٥ التى فى يَدى هذا الرجل الآخر لفلان ، لم يجز لهذا السامع أن يشهد بأن الجارية ٥) لفلان الذى قال المخبر أنها له حتى يعلم صحة ذلك . وكذلك لو أخبر غير واحد بأن هذه الجارية لفلان لم يجز أن يشهد بكونها لفلان حتى يعلم هو بنفسه // [ل ٢٤١ ب] أنها لفلان . ولا يجوز له أن يشهد بها لفلان غير هؤلاء . وقد بينا أن وطء امرأته على هذا الوجه جائز . فقد بان لك الفرق بين المسئلتين .

فإن قيل : كما يجوز قبول خبر الأعمى فى الديانات // [ف ١٩٦ أ] إذا كان عدلا لم لا يجوز قبول شهادته ؟ قيل له إن الشهادة مخالفة للخبر . ألا ترى أنا نقبل خبر العبد والمحدودون فى القذف ولا نقبل شهادتهما ، ونقبل خبر المرأة ولا نقبل شهادتها فى الحدود والقصاص وما يسقط بالشبهة . فقد بان لك أن الشهادة غير جارية مجرى الخبر . وأما الكلام على أبى يوسف فإنه قد وافقنا على أن تحمل الشهادة لا يصح إلا أن يكون الشاهد بصيراً ، وجب أن يكون حال الأداء مثله . والمعنى الجامع بينهما كون الشاهد غير بصير فى الوجهين جميعاً(٦) . وأيضاً فإن حال الأداء آكد من حال (٧ التحمل ، بدلالة أن الشاهد٧) لو كان كافراً فى حال التحمل أو عبداً أو صبياً وهو حر مسلم بالغ فى حال الأداء جازت شهادته . ولو كان كافراً فى حال الأداء وكان مسلماً فى التحمل لم تجز شهادته . فقد بان لك أن حال الأداء آكد من حال التحمل . إذ قد كان التحمل مع صفة لا يجوز معها الأداء . ووافقنا أبو يوسف أن العمى يمنع التحمل فالأداء أحرى أن يمنعه . وأما قياس أبى يوسف الشهادة فى مسئلتنا

---

(٥) ساقط من ل . (٦) ساقط من ف .

(٧) ل : حكم بالغ فى حال الأداء جازت شهادته .

على مسئلة الشهادة على الشهادة والشهادة على كتاب القاضى أنها تجوز وإن لم يرَ الشهود الذين يشهدون عند القاضى شهود الأصل ، لأن الشهود الذين يشهدون عند القاضى بحق لهذا المدعى [هم غير شهود الأصل][٨] ، فلأن المشهود عليه كذلك الشاهد الأعمى ، وإن لم ير المشهود به عند الأداء فإن شهادته جائزة . وهذا ليس بشىء لأن شهادة هؤلاء على شاهدى الأصل شهادة مقبولة ، فكأن الشاهدين شهـــدا عند القاضى . فإذا حضر المشهود عليه والمشهود به فقد وقعت الشهادة على عين[٩] المشهود به عليه والمشهود به ، فتجوز . وأما فى مسئلتنا فالشاهد غير معاين للمشهود به ولا المشهود عليه . والشهادة لا تصح بغير عين ، فلذلك لم تجز . وأما الشهادة على كتاب القاضى فكذلك ، لأن هذه الشهادة // [ل ٢٤٣ أ] إنما نقلت كلام القاضى ، فكان القاضى يقول قد شهدوا عندى لهذا على هذا بكذا وكذا ، والمشهود عليه معاين للشهود [١٠] فى حال الحكم بهذه الشهادة ، فلذلك جازت شهادتهما . وأما فى مسئلتنا فالمشهود[١٠] عليه والمشهود به غير معاين للشاهد الأعمى فلا تجوز لما بينا من بطلان الشهادة بالاستدلال .

844 فصــــل

{ ولو شهد بالحق عند القاضى وهو بصير ثمّ عمى قبل أن ينفذ القاضى شهادته لم يجز للقاضى أن يُنفذ تلك الشهادة [١] عنـــد أبى حنيفة ومحمد } لأن الشهادة قد ردّت عليه قبل إنفاذ القضاء بشهادته[١] بما يخرجه من الشهادة . فلا يجوز إنفاذ القضاء بشهادته بعد العمى كما لا يجوز الفسق والردة نفاذ القضاء بشهادته وإن كان وقت السماع من أهـل الشهادة ، فصار العمى بمنزلة الفسق

---

(٨) ما أثبتناه ضرورى لاستقامة المعنى .

(٩) ل : غير .

(١٠) ساقط من ل .

844 (١) ساقط من ل .

والكفر الذى لا يصحّ معه إقامة الشهادة . وكذلك لو خرس أو ذهب عقله فهو مثل هذا . ولا تجوز شهادته//[ف١٩٦ب] لكونه حياً مع بطلان شهادته. { وعند أبي يوسف لا تجوز شهادته[٢] فى الحدود والقصاص أيضاً وإن كان بصيرا فى حال التحمل ثم عمى فى حال الأداء } ، من قِبل أن الحدود تسقط بالشبهات ، فصارت هذه الشهادة شبهةَ درء[٣] الحد .

845 مسألة

{ قال أصحابنا : تجوز شهادة المقطوع فى السرقة والمحدود فى الشرب } . والدليل على صحة هذا قول الله تعالى ﴿ وأَشْهِدُوا ذَوِىْ عدل مِنكم ﴾[١] . والمقطوعة يده إذا تاب فهو من ذوى العدل . فينبغى أن تجوز شهادته.وقوله تعالى ﴿ واستشهدُوا شهيدَين مِن رجالِكمْ ﴾ وهذا عام فى جميع الرجال فى جواز الشهادة . فلا يخصُّ شيء منه إلا بدليل . ومن جهة السنّة ، أن رجلا سرق بعيراً من قريش على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقطع يده ، ثم شهد بعد ذلك فلم يرد شهادته ،[٢] . ومن جهة اتفاق الصحابة ما روى [٣]عن عمر رضى الله عنه أنه قال بمحضر من الصحابة أن المحدود فى الشرب إذا تاب[٣] فاقبلوا شهادته . ولم يُنكر عليه أحد منهم . ومن جهة النظر أن شهادة المقطوع والمحدود فى الشرب لم ترد لأجل الحد ، وإنما ردت للفسق . الا ترى أنها ترد قبل أن يتوب ، وإن لم يُضرب الحد ، ولا قُطعت يده[٤] . فإذا كان كذلك وجب أن تقبل شهادته إذا أظهر التوبة كسائر الفساق إذا تابوا قبلت شهادتهم ،

---

(٢) ساقط من ل . (٣) ل : كذا .

845 (١) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٢ .

(٢) أنظر صحيح البخارى ، حدود ، ١٤ .

(٣) ساقط من ل . (٤) ساقط من ل .

وإن لم تتيقن توبتهم لوجود العدالة فى الظاهر بظهور التوبة . وليس هذا المحدود فى قذف لأن شهادته رُدت لأجل الحد ، لا الفسق . ألا ترى أنها تقبل قبل استيفاء الحد . وإنما تبطل عند // [ل ٢٤٢ ب] استيفاء الحد . ففارق هذا ما ذكرنا لهذه العلة . ويمكن أن يُحتج من جهة السنة أيضاً بقوله عليه السلام « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا فى فرية ، يعنى القذف ، ومجرّبا عليه شهادة زور أو ظنينا فى ولاء أو نسب »[٥] . والمقطوع فى السرقة والمحدود فى الشرب خارجان عن هذه المعانى ، فينبغى أن تجوز شهادتهما .

846 فصـــل

{ وشهادة المحدود فى القذف غير جائزة عندنا } . وقد بينا الحجاج فيها فى مسائل الخلاف . وقد روى الخصاف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً فى فرية »[١] ، وقد روى عن ابن عباس وابن المسيب والحسن وشريح وإبراهيم النخعى أن شهادته باطلة . وروى عن عمر بن الخطاب أيضاً فى إحدى الروايتين أن شهادته باطلة فيما كتب إلى أبى موسى الأشعرى: [٢] المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا حدا فى الإسلام . وروى عنه[٢] أن شهادته جائزة [عند][٣] آخرين من التابعين . ولا يصح للمخالف أن يتعلق بهذا لأن راوى الخبر هو سعيد بن المسيب ، وليس له رواية مسندة عن

(٥) أقرب حديث بهذا المعنى : لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا مجلود حدا ولا مجلودة ، ولا ذى غمر على أخيه ولا مجرب عليه شهادة زور ، ولا القانع مع أهل البيت لهم ، ولا الظانين فى ولاء ولا قرابة . كنز العمال ، ج ٧ ، ص ٧ .

846 (١) لم يرد فى ونسنك . قابل أعلاه فقرة 24 .

(٢) ساقط من ل .　　(٣) فى الأصل : فى .

عمر . فإذا كان كذلك لم يجز لهم أن يتعلقوا به إذ //[ف١٩٧أ] المراسيل غير مقبولة عندهم . على أنهم لو أسندوه أيضاً لم يسعهم التعلق به لأن ماروى سعيد ضعيف الرواية . فإذا كان كذلك صار الخبر ضعيف السند ، فلا تعلّق لهم به لو أسندوه أيضا .

847 فصـــل

قال[١] : { ولو أقيم الحد على نصرانى ثم أسلم قُبلت شهادته . وكذلك إن ضُرب بعض الحد فى حال الكفر ثم استُوفى فى حال الإســـلام قبلت شهادته } .

الأصل فى هذا كله أن المحدود فى القذف فى الإسلام إنما بطلت شهادته ، والقياس بخلافه ، لأن الحد قد أوجب بطلان عدالة الإسلام له على التأبيد . فمتى وجد فيه هذا المعنى لم تقبل شهادته ، ومتى لم يوجد هذا المعنى لم ترد شهادته لأجل القذف . والنصرانى إذا حُد لم تبطل عدالة إسلامه ، إذا لم تكن له عدالة إسلام فى تلك الحال . فإذا أسلم استجدت عدالة الإسلام فتقبل شهادته لوجود عدالة الإسلام ، إذا لم يحصل بعد الإسلام ما يوجب بطلان عدالة إسلامه . وليس هذا كالعبد إذا حد فى القذف وهو مسلم ثم أعتق لم تقبل شهادته أبدا //[ل ٢٤٣ أ] لأن العبد وإن لم يكن عدلا فى قبول الشهادة فى حال وقوع الحرية ، فإنه كان له عدالة الإسلام . فوقوع الحرية أبطل تلك العدالة ، فلا تجوز شهادته بعد الحرية مع بطلان عدالة الإسلام فيه ، كالحر المسلم إذا ضُرب حد القذف لم تقبل شهادته لبطلان عدالة الإسلام فيه . واما إذا ضرب بعض الحد فى حال الكفر فهو مثل هذا أيضاً ، لأن بطلان العدالة متعلق بجميعه . فإذا وُجد بعض [٢] الحد فى حال الكفر حصل ذلك البعض غير موجب لبطلان عدالة الإسلام . فالبعض[٢] الآخر الذى وقع فى حال الإسلام لا يبطل عدالة

---

847 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .

الإسلام فيه ، إذ قد قلنا : إن الذى أبطل عدالة الإسلام والمسلمِ المحدود فى القذف استيفاء جميع الحد . ألا ترى أنه لو ضُرب تسعاً وتسعين سوطاً ولم يضربْ السوط الأخير لم تبطل عدالته فى الإسلام وكان مقبولَ الشهادة. فقد بان لك أن لكل سوط من أسواط الحد تأثيراً فى إبطال العدالة ، فلا يجوز لنا أن نحكم ببطلان عدالته فى الإسلام ببعض الأسواط. وإذا لم تبطل عدالتهم فى الإسلام لهذه العلة قبلت شهادته .

قلت(٣) للشيخ : أليس الحكم فى إبطال شهادة القاذف ، [وفى] التفسيق يتعلق بآخر سوط لأنه لو لم يضر به ذلك السوط (٤ لم تبطل شهادته ؟فقال: لا يتعلق الحكم بآخر سوط٤) إلا وقد تقدم حكم الأسواط المتقدمة . فإذا كان كذلك تعلق الحكم بجميع الحد . فما لم يوجد الحد كله فى الإسلام لم تبطل عدالته فى الإسلام . فلذلك قبلت شهادته .

848 مســـــئلة

{ وشهادة أهل الذمة بعضهم على بعض جائزة } ، وقد بيناها // [ف١٩٧ ب] فى مسائل الخلاف فى غير موضع .

قال : { وكل شهادة يشهد بها ذميّـان على ذمىّ فلم ينفذ الحاكم الشهادة ولم يحكم بها حتى أسلم المشهود عليه ، فإن الشهادة تبطل . وإن كان قد حكم بها ، ثم أسلم المشهود عليه لم تبطل [فى] ما كان لا يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص }. أما إسلامه قبل القضاء بالشهادة فلأن الاستحقاق(١) يتعلق بالقضاء . فإذا أسلم المشهود عليه قبل استحقاق الحق عليه [بالشهادة](٢) لم يجز أن يستحق عليه

---

(٣) ل : قيل .

(٤) ساقط من ل .

848 (١) استحقاق .

(٢) فى الأصل : بالسماية .

الحق بشهادة الذميّين . والدليل على أن الاستحقاق يتعلق بقضاء القاضى بالبينة أن الشهود لو رجعوا على الشهادة بعد القضاء بها لم يبطل حق المشهود له إذا كان مما لا تُسقطه الشبهة ، وإن رجعوا بعد سماع الشهادة(٣) قبل القضاء بها لم يستحق المشهود له بهذه // [ل٢٤٣ب] الشهادة شيئاً . فقد بان لك أن الاستحقاق يتعلق بقضاء القاضى بالبينة . فلذلك قلنا : إن المشهود عليه إذا أسلم قبل القضاء بالبينة(٤) لم يستحق عليه المشهود له شيئاً . وإن أسلم بعد القضاء بالبينة لم يبطل حقه إذا كان مما لا تسقطه الشبهة لرجوع الشاهدَين عن الشهادة بعد القضاء بها. وأما ما تسقطه الشبهة فإنه لا يستوفى منه ، من قِبل أن هذه الشهادة لا تجوز فى هذه الحال على المشهود [عليه] إذ هما ذميان ، والمشهود عليه مسلم . فصارت الشهادة قد بطلت فى حقه فى هذه الحال . ومن أصلهم أن كل ما يُردّ على الحدود والقصاص وما تسقط الشبهة قبل استيفائه صار لوجوده قبل القضاء بالحق على المشهود . ألا ترى أن الشهود لو رجعوا عن الشهادة بعد القضاء بالحد أو بالقصاص قبل الاستيفاء لم يجز أن يستوفى الحد والقصاص ، وصار رجوعهم عن الشهادة شبهة فى درء الحد والقصاص . كذلك ما ذكرنا يصير شبهة فى درء الحد والقصاص . وما لا تسقطه الشبهة لا يبطل فى مسئلتنا كما لا يبطل بالرجوع .

وأما السرقة فإن القطع يسقط ، لأن ما دون النفس مما تسقطه الشبهة . فالقطع فى السرقة مثل القطع على وجه القصاص . وأما المال فلا يسقط بالشبهة ، فلا يسقط فى مسئلتنا ، فيضمن السارق قيمة السرقة ويسقط القطع .

849 قال : //[ل٢٤٤أ] { وقال أبو يوسف : أما القصاص فى النفس وفيما دونها فآتى عند [ ](١) والقصاص ، وأضمّنه قيمة ذلك } .

---

(٣) ساقط من ل .

(٤) مكرر هنا فى ل ثمانية أسطر .

849 (١) بياض فى الأصل .

قال الشيخ : ذكر الخصاف قول أبي يوسف ، ولا يعرف عن أبي حنيفة خلاف هذا . ووجهه أن القصاص إذا دخلته الشبهة تحول مالا . وهذا قد دخلته الشبهة فيبغى أن يتحول إلى الدية .

قال : { ولا يرجع المشهود عليه على الشاهدين بشيء مما استُحق عليه بشهادتهما } لأن الشاهدين // [ف ١٩٨ أ] لم يرجعا عن الشهادة ، وإنما لم يجز ابتداء شهادتهما عليه من جهة الحكم ، لا من جهة الرجوع ، فلا يلزمهما شيء .

قال : { وإن أسلم المشهود عليه بعد القضاء بالحدود والقصاص ، ثم أسلم الشاهدان جدّدا الشهادة عليه بذلك ، فأما الحدود فإني أدرأها عنه ، وأما القصاص فإني أُمضيه عليه وأنفذه } . أما إذا لم تُجدد الشهادة فلأن شهادتهما قد بطلت على المشهود عليه لكونه مسلماً وهما ذمّيان . وقد بينا أن ما يسقط بالشبهة فوجود الشبهة بعد القضاء به قبل استيفائه كوجودها قبل القضاء . وهذه الشهادة لا تجوز [٢] أن يُقضى بها على المشهود عليه بالحدود والقصاص . فصارت ساقطة في ما تسقطه الشبهة . وأما إذا جدد الشهادة فلأن الحدود تسقط ، ولا يسقط القصاص ، من قبل[٢] أن الحدود تسقط بالتقادم ، والقصاص لا يسقط بالتقادم[٣] . فإذا كان كذلك صار إبطال شهادتهم في الحدود والقصاص على المشهود عليه بإسلامه كرجوعهما عن الشهادة ، وتجديدهما الشهادة [كإقامتهما][٤] للشهادة بعد التقادم . فلا يقام عليه الحد بها ، ويستوفى منه القصاص ، إذ التقادم يسقط الحدود ولا يسقط القصاص .

850 فصـــل

{ ولو كان الشاهدان أسلما أولا ثم أسلم المشهود عليه فجددا[١] الشهادة

---

(٢) ساقط من ل . (٣) ساقط من ف .

(٤) في الأصل : فإقامتها .

850 (١) ل : بعد ترد .

بذلك ، قال : فإن كان القاضى أبطل شهادتهما فيه بعد ما أسلم المشهود عليه قبل أن يُجدد ذلك عليه ، ثم جُددت الشهادة بعد ذلك لم نقبلها على الحدود } . ولم يذكر حكمها إذا جُددت قبل إبطالها فى الحدود . وقال فى القصاص : { يثبت سواء تَجدد الشهادة قبل إبطال الشهادة الأولى أو بعد إبطالها } . وأما الحدود فإنها لا تقام بتجديد هذه الشهادة بعد القضاء ببطلان // [ل ٢٢٤ ب] الشهادة الأولى فلأنا قد بينا أن الحدود تسقط بالتقادم . فإذا أسلم المشهود عليه لم يجز إقامة الحد عليه بأداء شهادتهما فى حال الكفر فتبطل تلك الشهادة . فإذا قضى القاضى ببطلانها صار كأنهما قعدا عن الشهادة . فتجديدهما للشهادة بعد ذلك لا يوجب الحد كإقامة الشهادة بعد التقادم . وينبغى على هذه العلة أن لا يُقام الحد عليه ، وإن جدد الشهادة قبل إبطال القاضى الشهادة الأولى ، لأن تلك قد بطلت من حيث لا يجوز استيفاء الحد بها بحال ، فصار كأنه قعد عن الشهادة (٢) فتجديدهما بعد ذلك للشهادة يصير بمنزلة إقامة الشهادة (٢) بعد التقادم . فيسقط الحد ولا يسقط القصاص فهو بيّن فى الفصلين جميعاً ، لأن أكثر أحواله أن تصير هذه الشهادة بمنزلة التقادم فلا يمنع استيفاء القصاص . وأما إبطال القاضى للشهادة الأولى فإنما لم يمنع قبول هذه الشهادة لأنه لم // [ف ١٩٨ ب] يبطل شهادتهما الأولى للتهمة ، وإنما أبطلها لكون الشاهدين ليسا من أهل الشهادة فى حق المشهود عليه . والإسلام مما يثبت عند القضاء بالبينات ، فصار كرد شهادة العبد والصبى ، إنها لا تُقبل إذا أُعتق العبد وبلغ الصبى فشهد .

851 فصــــل

{ وليس هذا كرد الشهادة للتهمة } لأن زوال التهمة مما لا يثبت بالبينات عند الحاكم ، فلا يثبت زوالها أبداً من جهة الحكم . فلا تجوز تلك الشهادة

---

(٢) ساقط من ل .

أبداً . وكذلك الذمّى إذا شهد على ذمى فرُدت شهادته للتهمة ثم أسلم لم تُقبل تلك الشهادة أبداً لأنها قد رُدت للتهمة .

852 فصـــل

قال : { ولو كانت عند الذمىّ شهادة على مسلم ، فأسلم الذمى ثم شهد على المسلم فهو جائز } لأن الذمىّ قد وقع له العلم بالشهادة فى حال التحمل كما يقع للمسلم . فإذا شهد وهو مسلم جازت شهادته[1] لكونه مسلماً شاهداً بما يعلم .

853 باب الشهادة على الشهادة

ذكر أخباراً فى صدر هذا الباب ومسائل الأصول فلم نر الاشتغال به وجهاً ، // [ل ٢٤٥ أ] إذ قد حصلناها فى كتب الأصول .

قال رحمه الله : لفظ الإشهاد أن يقول الشاهد : إشهدْ على شهادتى : إنى أشهد أن فلان بن فلان الفلانى له على فلان بن فلان الفلانى كذا وكذا درهما . فلفظ الشاهد إذا أدى الشهادة على وجه الإيجاز أن يقول : أشهد أن فلان ابن فلان الفلانى أشهدنى على شهادته أنه يشهد أن لفلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى كذا وكذا درهما . هذا على جهة الإيجاز . فأما إذا أراد التوكيد فإنه يقول : أشهد أن فلان بن فلان الفلانى [1] أشهدنى على شهادته وقال : إشهدْ على شهادتى أنى أشهد أن لفلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى[1] كذا وكذا درهما . وذكر الخصاف { أنه يشهد أن فلان بن فلان الفلانى أشهده على شهادته أنه يشهد أن فلان بن فلان الفلانى أقر عنده

---

852 (١) ساقط من ف .

853 (١) ساقط من ل .

وأشهده على نفسه أن لفلان بن فلان الفلانى هذا عليه ألف درهم ، وقال لنا : إشهدوا على شهادتى : أنى أشهد أن فلاناً أقر عندى لفلان بألف درهم } ، فذكر لفظ الشهادة ثمانى مرات . (٢وقد ذكرنا أن أربع مرات٢) تجزى ، وهو على جهة الاختصار ، وست مرات تجزى وهو ما قال الشيخ ، وذكر أيضاً محمد فى الجامع الكبير . والذى قال الخصاف طويل . إن قوله : أقر المطلوب عنده وأشهده على نفسه ، غير محتاج إليه ، لأن شاهد الأصل يجوز له أن يشهد على الحق وإن لم يُشهد عليه المطلوب . وكذا قوله : شاهد الأصل يقول : إنى أشهد ، يجوز أن تقتصر على مرة واحدة فلا يحتاج إلى إعادته . [و] إجراء هذين اللفظين قد زادهما الخصاف ولا حاجة لنا إليهما ، إلا أنه لا يضر ذكرهما فى الشهادة ، لأنه يجوز على وجه التأكيد . { فإذا قال لهما : اشهدا أنى أشهد على إقرار فلان بن فلان بكذا وكذا فإن أبا حنيفة قال : لا أقبل //[ف ١٩٩ أ] ذلك . وقال أبو يوسف (٣فى الأمالى٣) : جائز } . لأبى حنيفة أن هذه شهادة . وقوله : إشهدا أنى أشهد ، لم يشهدهما على شهادة وإنما قال : إشهدا أنى أشهد ، فهما إذا قالا عند القاضى : نشهد أن فلاناً أشهدنا أنه يشهد ، لم تكن هذه شهادة على شهادة شاهدى الأصل ، وإنما هى شهادة على أن شاهدى الأصل يشهدان . فينبغى أن يحضر شاهدا الأصل حتى يشهدا بالحق . //[ل ٢٤٥ ب] وأما أبو يوسف فإنه يحمله على أن قوله : إشهدا أنى أشهد ، على معنى : اشهدا على شهادتى أنى أشهد . وهذا ليس بشىء لأنه لا يجوز لنا إثبات شىء غير موجود فى لفظ الشاهد . وكذلك لو قال له : إنى أشهد على فلان لفلان بألف درهم أقر بها ، فاشهدا بذلك ، لأن هذا أمر بالإشهاد على أنه يشهد ولم يُشهد على شهادته فهو مثل الباب الأول ، لم يجز على قول أبى حنيفة (٤ويجوز على٤) رواية أبى يوسف .

---

(٢) ساقط من ل . (٣) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ل .

854 قال : { فإذا شهد الرجلان[١] عند القاضى على شهادة رجل وصححا الشهادة فإنه ينبغى للقاضى أن يسألهما عن عدالة الذى شهدا على شهادته . فإذا قالا : هو عدل ، أثبت ذلك فى موضع شهادتهما فى المحضر } ، لأن شهادة هذين تتعلق صحتها بشهادة شاهدى الأصل ، فينبغى أن تكون عدالتهما ثابتة مع شهادة شاهدين .

قال : { فإن كان القاضى يعرفهما بالعدالة أو سأل عنهما فعُدّلا أخبر بتعديلهما للشاهد الذى شهدا على شهادته ولم يسأل عنه } . وذلك أن هذين وإن كانا يشهدان على شهادة شاهدى الأصل فإنه يجوز لهما أن يعدّلا شاهدى الأصل كما يجوز لغيرهما أن يعدلها .

قال : { وإن قالا : لا نخبره ، لم يقبل شهادتهما على شهادته . وكذلك إن قال : أنا آتيك بمن يعدله لم يقبل ذلك . وهذا قول محمد } .

قال : { وروى عن أبى يوسف أنه قال : أقبل ذلك وأسأل عنه } . أما محمد فإنه ذهب إلى أن توقف هذين فى تزكية شاهدى الأصل [خروج][٢] عن عدالتهما . فصارا كأنهما قالا : قد أشهدانا إلا أنّا نتهمهما فيها ، لأنه لو لم يتهماهما ما سكتا عن معنى الإخبار بعدالتهما [٣]حين سئلا[٣] عن ذلك ، إذ الظاهر من أمور المسلمين العدالة . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أنه يجوز أن يتوقف هذان احتياطاً حيث يتفقا على عدالة شاهدى الأصل ولا غير العدالة ، فصار سكوت هذين عن الخبر بعدالة شاهدى الأصل كعدمه ، فيسأل غيرهما عن عدالة شاهدى الأصل .

---

854 (١) ل : الرجل .

(٢) فى الأصل : خرجا .

(٣) ل : حتى يسأل .

855 مســـــألة

قال : { وإن شهد رجلان على شهادة رجل مريض فى المصر لا يقدر على أن يحضر مجلس القاضى فالشهادة جائزة } .

قال : { وإن شهدا على شهادة رجل غائب من المصر فإن هذا على وجهين[1] أحدهما أنه [ل٢٤٦أ] قال : إن كان إذا غدا من منزله فأتى مجلس القاضى فشهد، يعود فيبيت فى منزله ، لم يقبل الحاكم ذلك حتى يحضر الشاهد فيشهد . وإن كان ممن لا يغدو ويروح إلى منزله قبل الحاكم شهادة//[ف١٩٩ب] الشاهدين على شهادته . [2] وهذا قول أبى يوسف . والقول الآخر أنه لا يقبل شهادة الشاهدين على شهادته[2] حتى يكون بينه وبين موضع القاضى ما [تقضى][3] فيه الصلاة ، وهو قول أبى حنيفة } .

قال الشيخ : ولا أعرف هذه الرواية التى رواها عن أبى يوسف . والمشهور عنه وعن محمد جميعاً أن قولهما فى الشهادة على الشهادة كقولهما فى الوكالة بالخصومة أن الخصم ، سواء كان مريضاً لا يقدر الحضور ، أو غير مريض ، ولا مسافرا ، فإن وكالته فى الخصومة جائزة عندهما . وعند أبى حنيفة : لا تجوز حتى يكون الخصم غائباً عن البلد مسيرة السفر ، أو كان مريضاً غير قادر على الإحضار عند الحاكم . فالشهادة على الشهادة مبنية على هذا الأصل . والمعنى الجامع بينهما أن حق الطالب للشهادة قد تعلق على شاهدى الأصل فلا يجوز نقله إلى غيره ، كالخصومة التى قد لزمت الخصم فلا يجوز نقلها إلى غيره ، ما لم يعجز عنه بالمرض والسفر . وأيضاً لم يختلفوا أن شاهدى الأصل لو كانا حاضرين عند القاضى لم تجز شهادة غيرهما على شهادتهما . والمعنى فيه أنهما قادران على أداء الشهادة

---

855 (١) ف . قولين . (٢) ساقط من ل .

(٣) فى الأصل : تقصر . والمعنى الجمع فى الصلاة لطول السفر .

من غير سفر يلزمهما ولا حضورهما مع المرض . وهذا المعنى موجود فى حال كونهما فى منزلها . فينبغى أن لا تصح شهادة غيرهما على شهادتهما .

856 قال : { وإذا شهد الرجلان عند القاضى على شهادة رجل لرجل على رجل بحق ، فإن كان الشاهد الذى أشهدهما على شهادته وقفهما على الطالب والمطلوب ، فقال : أشهد أن فلان بن فلان هذا أقر عندى لفلان بن فلان هذا عليه كذا وكذا وعرفهما إياهما ، وكان إشهادهما إياهما بمحضر منهما فالشهادة (١)جائزة } ، لأنهما يشهدان على العين فلا يحتاج إلى التعريف بالنسبة كشاهدى الأصل(١) إذا شهد على المشهود عليه بعينه لم يحتج إلى التعريف بالنسبة(٢) .

قال : { ولو لم يكونا حاضرين ، أو كان الطالب حاضراً والمطلوب غائباً أو ميتاً ، أو كان المطلوب حاضرا والطالب غائباً أو ميتاً فإنه ينبغى للشاهدين اللذين يشهدهما أن ينسبا الغائب أو الميت // [ل٢٤٦ب] منهما إلى أبيه وجده (٣) وقبيلته وصناعته إن كانت له صناعة وإلى ما يعرف به . فإن نسبوه إلى أبيه وجده(٣) ولم ينسبوه إلى قبيلته قبلت ذلك وأجزت الشهادة . وإن نسبوه إلى أبيه فقط لم تجز شهادتهما . وكذلك لو قال فلان بن فلان الكوفى أو البصرى ، لم أقبل ذلك حتى ينسبوه إلى أبيه وصناعته أو قبيلة أو شىء يعرف به } ، من قبل أن هذه الشهادة لم تقع على عين وإنما تقع على الصفة ، فينبغى أن يؤتى بالصفة التى يعرف بها المشهود عليه والمشهود له ، ولا يقع بينهما وبين غيرهما نسبة فى الأغلب .

857 مسـألة

قال : { ولو أن رجلين شهدا //[ف ٢٠٠أ] على شهادة أبيهما بحق لرجل

---

856 (١) ساقط من ل . (٢) ل : بالبينة .
(٣) ساقط من ل .

على رجل جاز . وإن شهدا على قضية أبيهما لرجل على رجل لم يجز } .
أما جـــواز الشهادة على شهادة أبيهما فلأن إشهاد الأب لهما على شهادته
لا[يوجب](١) الحق المدّعى . وإذا كان كذلك فشهادتهما على شهادة الأب
وشهادتهما على شهادة غيره سواء ، فى كلا الحالين لم يشهدا على إثبات الحق
بفعل الأب . وأما شهادتهما على قضاء أبيهما فإنها لا تجوز لأن نفس القضاء
يوجب الحق وهو فعل الأب ، فشهادتهما على فعل الأب الذى هو الموجب
لإثبات الحق المدعى لم يجز . كشاهدين شهدا على الحالف بطلاق امرأته
أو عتق عبده إن دخل أبوهما الدار ، أن أباهما قد دخل الدار ، فلا يجوز
لأنهما يشهدان على إثبات الحق بفعل الأب . فلا تجوز كما لا تجوز شهادتهما
على عتق الأب لعبد الموكّل بعتقه ، لأنهما يثبتان العتق بفعل الأب على عتق
الأب ، فلا تجوز شهادتهما ، كما لا تجوز شهادة الأب نفسه ، على عتق عبد
الغير بوكالته .

858 مســـألة

قال : {ولو أن رجلين شهدا عند القاضى على شهادة رجلين فقالا للقاضى :
نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وكذا
ولا نسميهما لك ، أو قالا : لا نعرف أسماءهما ، لم يقبل القاضى شهادتهما
حتى يسميا من يشهدان على شهادتهما } ، من قِبل أن القاضى يحتاج أن يحكم
بصحة شهادة شاهدى الأصل . أو لاترى أنه لو لم تثبت//[ل ٢٤٧ أ] عدالة
شاهدى الأصل لم يحكم بهذه الشهادة ، وإن كان هاذان عدلين ، لأن الحكم
يقع أولا بصحة تلك الشهادة ، ثم بهذه . فإذا لم يعرف القاضى شاهدى الأصل
لم يقبل شهادة [الشاهدين على الشهادة](١) .

---

857 (١) فى الأصل : يوجبه .

858 (١) فى الأصل : شاهدين .

859 باب الشهادة فى الحدود ونحو ذلك

ذكر { عن عطاء[1] تأويل قوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ ﴾[2] أى لا تضعوا حدود الله ، يعنى بأن يُشفق على من وجب عليه الحد فلا يؤخذ بالحد رحمة له عليه وشفقة له } ، لأن فيه تضييع حدود الله تعالى ، وذكر مجاهد[3] تأويل قوله ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾[4] إن الطائفة اسم للواحد فما فوقه ، يعنى أن يحضر طائفة من المؤمنين عند إقامة الحدود . وذكر حديث عمر رضى الله عنه أنه قال : إنما قوم شهدوا على رجل بحد لم يشهدوا به (٥حين يُصيبه٥) فإنما شهدوا على ضغن } . فأفادنا هذا الخبر أن الحدود تسقط بالتقادم لأن قوله حجة إذا ظهر منه بمحضر من الصحابة من غير نكير من أحد منهم عليه .

860 مسـألة

{ ولو أن أربعة شهدوا على رجل بالزنا ، فشهدوا عند الحاكم أنهم رأوه زنى بهذه المرأة ، [أ] وكانت المرأة غائبة فشهدوا أنه زنى بامرأة رأوها ، وقالوا : رأينا ذكره فى فرجها قد غاب كما يغيب الميل فى المكحلة ، ووقّفهم الحاكم على الموضع والبلد الذى زنى فيه فوصفوا ذلك ، فإنه يقيم عليه // [ف ٢٠٠ ب] الحد : إن كان محصناً رجمه ، وإن كان غير محصن جلده مائة جلدة ، بعد أن يكون الشهود شهدوا عليه قبل التقادم } . أما كون المرأة

---

859 (١) هو عطاء بن دينار الهذلى ، توفى سنة ١٢٦ هـ .

(٢) سورة النور ، ٢٤ : ٢

(٣) هو مجاهد بن جبر ، مفسر مكى ، توفى سنة ١٠٤ هـ .

(٤) سورة النور ٢٤ : ٢

(٥) كذا فى ف . وفى ل ، ج : حق ، وكلمة غير مقروءة .

مجهولة أو غائبة فإنما لم يمنع وجوب الحد بالشهادة كما لا يمنعه الإقرار لأن الحد يلزم الرجل فى الحالين دون المرأة فى حال غيبتها . والأصل فى ذلك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه رجم ماعزاً[١] بإقراره ، ولم يسأله عن حال المرأة ، ولا درأ عنه الحد بغيبة المرأة . فهذا أصل فى وجوب الحدّ على الرجل مع جهالة المرأة المزنى بها أو غيبتها . فإذا صح هذا فى الإقرار بالحد فالشهادة مثله // [ل ٢٤٧ب] ، لأن الذى يجب عليه الحد هو الرجل والشهادة قد وقعت عليه نفسه . وأما صفة الزنا كيف هو ، فوضعها كتاب الحدود . وكذلك وجوب الرجم على المحصن [والجلد][٢] على غيره بالزنا . وليس ها هنا موضعه لأن صاحب الكتاب لم يتعرض له . أما سقوط الحد بالتقادم فلما بينا من خبر عمر رضى الله عنه ، قال : التقادم ما كان منذ شهر فما فوقه مما لم يشغلهم عن ذلك . وإن كان أقل من ذلك فليس بتقادم .

قال الشيخ : وهذا على حسب الاجتهاد . ووجهه أن ما دون الشهر فى معنى القرب . ألا ترى أنه لو حلف لأُعْطِيَنّ دينه إلى قريب ، كان ذلك ما بينه وبين دون الشهر . فما دون الشهر لم يدخل فى حكم التقادم ، والبعد فى الفَرْض[٣] . فلذلك قد زادنا التقادم بالشهر فما فوقه . وأيضاً فإن الأغلب من آجال الناس فى البياعات وغيره إنما هو فى ما دون الشهر ، فكذلك فى مسئلتنا ينبغى أن يكون ما دون الشهر وقتاً لأداء الشهادة على الحدود . وإذا بلغ الشهر وجب أن يخرج من وقت الأداء ، إذ الأغلب أن آجال الناس للديون وأداء الحقوق فى ما دون الشهر ، وإن كان قد يؤجّل شهراً فما فوقه فإن الأخذ بالحد فى الأغلب أولى ، لأنها تسقط بالشبهات .

---

860 (١) هو ماعز بن مالك الأسلمى . أنظر ابن سعد ، طبقات ، ج ٤ ، قسم ٢ ، ص ٥٢ ، ومسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ٤٥٠ .

(٢) فى الأصل : والحد . (٣) أى الكف عنه .

861 قال : { وإن كان فى بلدة ليس فيها قاض ، أو لها قاض إلا أنه غائب عن البلد ، فتقادم ذلك ثم شهدوا به ، قُبلت شهادتهم } لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قبل شهادة أبى [بكر][1] ونافع بن الحارث بن مخلدة [كلدة] وسهل بن معبد على المغيرة بن شعبة بالزنا بعد المدّة ، من قِبل أن عمر رضى الله عنه كان بالمدينة وهم كانوا بالبصرة فلم يقدروا على إقامة الشهادة ، فجعل عمر ذلك عذراً لهم فى القعود عن الشهادة ولم يرد شهادتهم لأجل التقادم ، وإن كان قد أبطلها لمعنى آخر ، وهو أن الرابع كان زياد بن أبيه . فلما جاء إلى عمر قال له عمر : أرى وجه الرجل أن يفضح الله رجلا من أمّة محمد[2] صلى الله عليه وسلم ، فقال له زياد : أما ما قالوا ، هؤلاء ، فلا أدرى ، ولكنى رأيت أمراً فظيعاً[3] ، فقال له عمر ، الله أكبر ، فدرأ الحد عن المغيرة وحد أولئك الثلاثة ، كل واحد منهم ثمانين جلدة ، حد القذف[4] .

ووجه آخر من أن الحد لا يسقط بالتقادم إذا كان // [ل ٢٤٨ أ] من عذر أن الوليد بن عقبة شرب الخمر بالكوفة فشهدوا عليه بعد مدة // [ف ٢٠١ أ] بذلك عند عمر بن الخطاب[5] بالمدينة لأنهم لم يقدروا على إقامة الشهادة فى الحال ، إلا بعد ذهابهم إليه .

862 قال : { وإن شهدوا أنهم تعمّدوا النظر إليه وهو يجامعها ليشهدوا عليه بالزنا جازت شهادتهم } لما رُوى أن الذين شهدوا على المغيرة ترصدوا له

---

861 (١) فى الأصل : بكر . وهذه القصة مذكورة بشىء من التطويل فى كتاب الأغانى لأبى الفرج الأصبهانى (مطبعة التقدم) ج ١٤ ، ص ١٣٩ — ١٤٢ .

(٢) فى الأغانى : إنى لأرى رجلا لن يخزى الله على لسانه رجلا من المهاجرين .

(٣) فى الأصل : فضيعا .

(٤) مزيد فى ل : وشرب الخمر بالكوفة .

(٥) والصحيح : عند عثمان بن عفان . أنظر ترجمة الوليد بن عقبة فى الإعلام للزركلى ج ٩ ، ص ١٤٣ .

فى غرفة لأبى [بكرة] حتى جاء المغيرة ودخل عليها ثم جعلوا ينظرون إليهما لأجل الشهادة ، فلم يرد عمر ، رضى الله عنه ، شهادتهم لأجل تعمد النظر . وأيضاً فإن الواجب عليهم فى الشهادة أن يشهدوا على العين ، فلا بد لهم من النظر إليهما إذا قصدوا إلى إقامة الشهادة ، لقوله عليه السلام « إذا رأيت مثل هذه » ، يعنى الشمس ، « فاشهد وإلا فدع »[١] .

863 قال : { وإن حضروا القاضى فشهدوا فى مجلس واحد ، تمت الشهادة . وكذلك إن كان القاضى يدعو بهم واحداً واحداً حتى يأتى الأربعة ، فشهدوا بذلك ، جازت ، ويقام عليه الحدّ } .

قال : { وإن شهد الثلاثة ولم يشهد الرابع حتى قضى القاضى بوجوب الحد على الثلاثة ، ثم شهد الرابع بعد ذلك ، حدّوا جميعاً ، ولم يحد المشهود عليه } ، من قبل أن القاضى قد حكم بكون الثلاثة قذفة ، فشهد الرابع بعد ما صار الثلاثة قذفة ، فلا يسقط الحد عنهم ، ويجب على الرابع أيضاً الحدُّ ، لكونه قاذفاً ، إذ لم تقبل شهادته .

قلت للشيخ : لمّا كانت الشبهة التى تُسقط الحد ، وجودُها قبل استيفاء الحد بعد القضاء بالحد كوجودها قبل القضاء فى درء الحد ، لِمَ لا تقول : إن شهادة الرابع شبهة فى درء الحد عن الثلاثة : لم يلزم الحد الثلاثة . فقال : إنما يمنع وجوب الحد على الثلاثة إذا شهد الرابع قبل قضاء القاضى بالحد على الثلاثة ، لأن القاضى يحكم بشهادة الرابع . فإذا حكم بشهادته تمت الشهادة فلم يلزم الثلاثة الحد . وأما فى مسئلتنا فليس كذلك لأن القاضى لم يقض بشهادة الرابع ، فلم يوجد المعنى المسقط للحد عن الثلاثة بعد القضاء // [ل ٢٤٨ ب] بالحد عليهم . وقد وُجد قبل القضاء بالحد عليهم . إذ المعنى هو صحة شهادة

---

862 (١) أنظر فقرة 826 ، ملاحظة ٣ .

الرابع ، وهذا المعنى موجود قبل القضاء بالحد على الثلاثة إذا شهدوا معه [قبل][1] القضاء على الثلاثة أو بعده .

قيل للشيخ : لمَ يجب على الشهود الحد إذا جاؤوا متفرّقين ، وجاء كل واحد منهم قبل غيره ؟ فقال : لقول الله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾[2] فعموم هذا يوجب الحدّ على كل من رمى المحصنة إذا لم يأت بأربعة شهداء . إلا أن الدلالة قد دلت على أن الأربعة إذا جاؤوا معاً وشهدوا عليها بالزنا لم يجب عليهم الحد ، ويجب على المشهود عليه بقي الباقي على عمومه .

قيل له : هذا دعوى ، لأن نفس مجيئهم متفرقين يخرجهم من كونهم جائين على وجه الشهادة ، ويكونون قذفة . الدليل على صحة هذا أن الأول إذا جاء وقال : أشهد أن فلانا زنى ، ووصف الزنا ، كان قاذفا له بالاتفاق ، ولم يجيء الباقون . فإذا جاؤوا إليك وجب أن لا يخرج من حد القذفة إذ القول قد وقع منه // [ف ٢٠١ ب] قذفا غير شهادة . وليس كذلك إذا جاؤوا جميعاً فى موضع واحد لأنهم قد جاؤوا مجيء الشهادة بالإتفاق . فلذلك لم يصيروا قذفة فى حال الاجتماع ، وصاروا قذفة فى حال الانفراد .

864 مسـألة

{وإن شهدوا عليه بالزنا فشهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة ، وشهد اثنان أنه زنى بالبصرة درىء عنهم وعنه الحد جميعاً } . أما المشهود عليه فإنا لم نلزمه الحد لأن الحد يسقط بالشبهة ، وقد دخلت الشبهة فى هذه الشهادة حيث اختلفا فى مكان الزنا الواقع . وأما الشهود فإنا لم نلزمهم الحد لأن المعنى المسقط

---

863 (١) فى الأصل : بعد . (٢) سورة النور ، ٢٤ : ٤ .

للحد عن المشهود عليه هو الشبهة فلا يجوز أن يوجب الحد على الشهود بالشبهة ألا ترى أنهم لو اقتصروا على الزنا ولم يفسروا المكان كانت الشهادة صحيحة . فقد بان ذلك أن المعنى المسقط للحد إنما هو زيادة المكان المختلف فيه . فصار هذا شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه . فلا يجوز أن يسقط الحد بالشبهة ويوجبه على الشهود بعين تلك /// [ل ٢٤٩ أ] الشبهة ، إذ الشبهة لا توجب الحد وتسقطه .

قلت للشيخ : أليس الزنا الواقع بالبصرة غير الزنا الواقع بالكوفة ، فهما زناءان ، شهد كل رجلين على زنا غير ماشهد عليه الآخران ؟ فيجب أن يُحدوا جميعاً إذ لم يحصل على كل زنا إلا شهادة رجلين ، وشهادة رجلين بانفرادهما على زنا يوجب الحد .

فقال : ليس[1] كذلك ، لأنهم إذا جاؤوا جميعاً فى موضع واحد فقد جاؤوا مجىء الشهادة ، فشهدوا بالزنا جميعاً ولم يكونوا قذفة . وإنما بطلت شهادتهم بزيادة المكان المختلف . فصارت تلك الزيادة شبهة فى درء الحد لأن الشهادة لم تكن صحيحة . فإذا كان كذلك لم يجز أن يوجب على الشهود الحدّ لتلك الشبهة ، إذ الحد لا يوجب الشبهة وإنما يسقط بها . فليس كذلك إذا كانوا متفقين ، كل شاهدين على زنا منفرد ، لأنهم جاؤوا مجىء القذفة . فلذلك اختلفا . وهذا الموضع مشكل لأن شهادة الأربعة فى الزنا كشهادة الاثنين فى غير الزنا . ولم يختلفوا أن أحد شاهدين لو شهد أن هذا غصب من هذا الرجل عبداً أو ألف درهم بالكوفة ، وشهد الآخر أنه غصبه منه بالبصرة ، أو قال أحدهما : إنه باعه منه عبداً بالكوفة ، وشهد الآخر أنه باعه منه بالبصرة لم تقبل هذه الشهادة ، وإن كانت هذه الحقوق لا تسقط بالشبهة . فشهادة الأربعة فى الزنا مثل هذا ، لأنه شهد اثنان أنه زنى بالكوفة والآخران أنه زنى بالبصرة

---

(١) ساقط من ل .

فشهادتهما باطلة وصاروا قذفة . فلهذا المعنى لم يجب على المشهود عليه الحد ، لا لمعنى آخر . وإن كان كذلك وجب أن يحد الشهود جميعاً ، وإلى هذا المعنى ذهب زُفر وقال : يجب على الشهود الحد . والله أعلم . وهو القياس . وأما سائر أصحابنا فإنهم استحسنوا دره الحد عن الشهود ووجهه ما ذكرنا .

{ وكذلك لو اختلفوا // [ف ٢٠٢ أ] فى دارين أو فى بيتين أو فى دقيقتين ، فهو مثل هذا ، لم يجب على الشهود استحسانا ، ولا على المشهود عليه . وعند زُفر يجب الحد على الشهود ، ولا [يجب على] المشهود عليه { .

قال : { وإن اجتمعوا جميعاً على بيت واحد ، فقال اثنان : عن يمين البيت // [ل ٢٤٩ ب] وقال الآخران عن يسار البيت فإنه يقام على الرجل الحد { من قِبل أنهم لم يختلفوا فى كون الزنا زنا واحداً . وقد يجوز أن يبتدىء الواطىء فى زاوية من البيت ثم يصير فى زاوية أخرى بالاشتغال بها . وكذلك يجوز أن يكون فى وسط البيت [فيُضيف[٢]] بعض الشهود إلى جانب من البيت وبعضهم إلى الجانب الآخر للتقريب . فإذا احتُمل هذا لم يجز إبطال الشهادة مع إمكان حملها على الصحة .

865 فصـــل

{ وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة حبشية وشهد اثنان أنه زنى بامرأة خراسانية ، أو قال اثنان : كوفية ، واثنان : بصرية ، أو قال اثنان : أمة ، واثنان : حرة ، أو قال اثنان : سوداء ، واثنان : بيضاء ، فإن الحد يدرأ عنه وعنهم جميعاً فى هذه الوجوه كلها { . واختلافهم فى نسبة المكان والصفة كاختلافهم فى الأوقات والأماكن على ما بينا . وينبغى أن يكون هذا أيضاً

---

(٢) فى الأصل : فيصف .

على الخلاف فى قول زفر بحد الشهود . وفى قول سائر أصحابنا : لا يحد واحد منهم . وعلة كل قول ما ذكرنا فى الفصل الماضى . وبالله التوفيق .

فإن قيل : أليس من أصل أبى حنيفة أن شاهدين لو شهدا على رجل بأنه غصب من رجل بقرة ، إلا أنهما اختلفا فى لون البقرة ، فقال أحدهما : سوداء ، وقال الآخر : بيضاء ، إن شهادتهما مقبولة ؟ فلِمَ لا تكون هذه الشهادة مثلها ؟ قيل له : الفرق بينهما أن البقرة يجوز أن تكون بلقاء ، فنسب أحد الشاهدين إلى البياض والآخر إلى السواد . والمرأة لا يجوز أن تكون بلقاء ، بعض بدنها أسود ، وبعضه أبيض ، حتى يوجد فى مسئلتنا ماوجدنا فى مسئلة الشهادة على غصب البقرة ، فلذلك افترقا .

866 قال : { وإن كانت المرأتان حاضرتين } ، يعنى فى هذه المسائل التى ذكرناها ، { كان لكل امرأة منهما أن تقيم على الشاهدين اللذين شهدا عليها الحد لأنهما قد قذفاها ، إلا الأمة فإنه لا يجب على قاذفها الحد } .

قال : وكذلك لو شهد اثنان على امرأة أنها قد بلغت ، وقال الآخران : لم تبلغ ، فهو مثل هذا } ، لا يجب على الشهود ولا على المشهود عليه الحد ، إلا عند زفر على ما بينا .

قال : {ولو شهد اثنان أنها كانت بيضاء والآخران أنها كانت //[ل٢٠٠أ] سمراء وجب الحد على الرجل } ، لأن هذا متقارب . { وكذلك لو قال اثنان أنه كان عليها ثياب حمر ، وقال الآخران : كانت ثياباً صفرا } ، لأن الصفر والحمر متقارب ، يجوز أن يقرب بعضها[1] على الصفرة وبعضها[1] على الحمرة ، لأن لون الثياب لا يتعلق بالشهادة ، ولا بأوصافها . وقال زفر فى هذا كله :

---

866 (١) فى الأصل : بعضهم .

يجب على الشهود الحدّ ولا يجب على المشهود عليه ، لأنهم قد اختلفوا // [ف ٢٠٢ ب] في الشهادة فتبطل شهادتهم وصاروا قذفة .

867 قال : { وإذا ثبت الزنا على الرجل عند الحاكم فينبغي أن يسأل عن إحصانه } ، من قِبل أن الحد مختلف بكونه محصَناً أو غير محصن ، لأنه إن كان محصناً يُرجم وإن كان غير محصن يجلد .

قال : { فإن ثبت إحصانه بشهادة شهود ، فقالوا : تزوّج امرأة مسلمة نكاحاً صحيحاً وثبت دخوله بها ، فينبغي أن يحكم عليه بالرجم } . وذلك أن صفة الإحصان عندنا أن يكونا حرّين مسلمين صحيحي العقل ، تزوجها نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما كذلك . فإذا ثبتت هذه الأوصاف في المشهود عليه وجب الرجم . وما لم يثبت لم يُرجم لعدم شرط الإحصان .

قال : { ولو شهد على ذلك جماعة } ، يعني على إثبات الزنا عنده ، { فيقول : إشهدوا أنه قد ثبت عندي بشهادة شهود أربعة شهدوا عندي أن هذا الرجل زنا بامرأة ورأوا ذكره في فرجها ، ووصفوا الزنا حتى صح ذلك ، وسألت عنهم سرّاً وعلانية ، فعُدلوا ، وقد حكمت عليه بالرجم وقضيت بذلك عليه وأمرت برجمه } . وذلك لقول الله تعالى ﴿ وليشهدْ عذابَهما طائفةٌ من المؤْمنينَ ﴾[1] يعني في حد الزنا ، والرجم في حدود الزنا ، ولأن الشهادة على هذا تكون أنفى للتهمة في القاضي ، ولأن الحدود تسقط بالشبهات ، فيُظهر القاضي ذلك ، فربما يطعن واحد في الشهود بما يوجب سقوط شهادتهم ، ويسقط عنه الحد .

868 قال : { ويخرج إلى موضع كثير الحجارة فيبدأ الشهود بالرجم ، ثم الإمام ، ثم الناس } ، وذلك أن البداية بالشهود يكون امتحاناً لهم ، لأنهم

---

867 (١) سورة النور ، ٢٤ : ٢ .

إن كانوا صادقين فى ذلك لا يمتنعون من قِبله ، وإن كان غير ذلك فلا يتجاسرون على ذلك ، فيمتحنهم الإمام بالبداية بالرجم . والأصل فى الرجم ما روى (١)عن علىّ رضى الله عنه(١) أنه لمـّا اعترفت شراحة الهمدانية بالزنا فأراد رجمها ، قال // [ل ٢٥٠ ب] : الرجم رجمان ، فرجم بالبينة ورجم بالاعتراف . فأما الرجم بالبينة فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس . وأما الرجم بالاعتراف فيبدأ الإمام ثم الناس . وهذه قد اعترفت ، فإذا أنا رجمتها فارجموها . ثم بدأ هو فرجمها بمحضر من الصحابة ولم يُنكر عليه أحد ، فصار كالإجماع منهم .

قال الشيخ : وروى عن علىّ أنه كان يمتحن الشهود فى السرقة فيأمرهم بالقطع وسنبين وجه الفرق بينهما فيما بعد .

قال : { ولا يجوز أن يحفر له حفرة } . والكلام فى هذه المسائل من كتاب الحدود ، إلا أنا نذكر ها هنا ماتيسر .

قال : { وإن أبى الشهود أن يرجموا ، أو كانوا غُيَّبا ، أو أبى ذلك بعضهم ، لم يرجم الإمام ، فى قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : يرجمه الإمام إن أبى ذلك الشهود ، حضروا أو غابوا . وإن كان حده الجلد فيُجرّد ويُضرب مائة سوط ، ويُفرّق الضرب على أعضائه ما خلا الرأس والوجه . ويضرب(٢) على ظهره وعضديه وفخذيه وساقيه حتى يُعطى كل عضو حظّه من // [ف ٢٠٣ أ] الألم } وأما الوجه فلا يضرب لما رُوى من النهى (٢)عن ذلك(٢) . وكذلك المذاكير لما فيهما من خوف التلف .

قال : { وإذا كانت امرأة ضربها فى ثيابها وهى جالسة . وأما الثياب فلا تنزع عنها لأنها عورة } . وأما كونها جالسة فلأنه أستر فى حال

---

868 (١) فى ج : عنه عليه الصلاة والسلام .

(٢) ساقط من ف .

الجلوس . وأما تعريف الضرب على أعضائها ما خلا الوجه والرأس فلما ذكرنا فى الرجل .

869 قال : { والإقرار بالزنا يثبت وإن تقادم } ، من قبل أن الشهادة إنما أسقطناها بالتقادم لأجل التهمة ، والإنسان لا يُتهم على نفسه فى إقراره ، فلا يسقط حكم إقراره .

قال : { فإن أقر عند القاضى أربع مرات فى أربع مواطن قُبل ذلك منه } . وهذا مبنىّ على أن الإقرار بالزنا إنما يثبت به الحكم عندنا إذا أقرّ بالزنا أربع مرات فى مجالس متفرقة .

قال : { وكذلك الإقرار فى مجلس واحد إلا أنه يطرده فى كل مرة حتى يتوارى عنه ، ثم يعود فى ذلك المجلس فيقر حتى يتم ذلك أربع مرات } ، من قبل أن الاعتبار فى هذا بمجالس المقر لا بمجالس القاضى ، فينبغى أن يقر الزانى فى أربع مجالس ، سواء كان القاضى فى مجلس واحد أو مجالس متفرقة .

قال : { وكذلك إن أقر أربع مرات فى أربع مواطن بينهما // [ل٢٥١أ] شهر أو سنة أو أكثر من ذلك أو أقل } ، لأنا قد بينا أن التقادم لا يسقط حكم الإقرار فلا فرق بين أن يكون بين الإقرار من مقدار التقادم أو لم يكن .

870 قال : { وإن كان الزانى عبداً أو أمة أو ذمّياً لم يرجم } لِما بينا أن الرجم لا يجب إلا على محصن ، وينفى الرق والكفر من صفات الإحصان .

قال : { ويُجلد الرقيق خمسين سوطاً } لقوله تعالى ﴿ فَعَلَيهِنَّ نِصْفُ ما على المحصَنات مِنَ العَذاب ﴾(١) هذا فى وقت ما كان [الحد](٢) النفى

---

870 (١) سورة النساء ، ٤ : ٢٥ . (٢) فى الأصل : الجلد .

والأذى [والتعزير][3] ، ثم نُسخ بقوله تعالى ﴿ الزانيةُ والزّاني فاجلِدوا كلّ واحد منهما مائة جلدة ﴾[4] . وهذا حد فى الأحرار ، فوجب أن يكون فى المماليك على النصف من هذا لما قد بينه أن عذابهما على النصف من عذاب الأحرار ، يعنى الحد .

قال : { وأما الذمى فإنه يجلد مائة سوط مثل سائر الأحرار } لقوله تعالى ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ .

871 قال : { وأما حد القذف فإنه يضرب على الحال التى كان قذف فيها ، إلا أن يكون عليه فرو أو حشو فيُنزع ذلك عنه } ، من قِبل أن حد القذف أخف الحدود ولم يثبت فيه التجريد ، فلا يجوز لنا أن نزيد فى الحد ما لم يثبت ، لأن وجوبه على وجه العقوبة ، ولا سبيل لنا إلى إثبات العقوبات بالقياس . وأما الفرو والحشو فيُنزع لأنه لا يصيبه الألم إذا كان عليه فرو أو حشو . والحد يضرب ليصل إليه الألم .

قال : { ويفرق الضرب على جملة الأعضاء ما خلا الرأس والوجه والمذاكير } على ما بينا فى حد الزنا .

قال : { ويضرب ضرباً بين الضربين } لما بينا أنه أخف الحدود .

قال : { ولا يُمدّ إلا أن يغلبهم ولا يثبت فيمَدّ } ، يعنى المضروب لا يثبت // [ف ٢٠٣ ب] للضرب[2] فيُمسك له حتى يقام عليه الحد .

قال : { والمرأة تضرب وهى جالسة وينزع عنها الفرو والحشو } لما بينا

---

(٣) ف : التعبير ، المسير ، ل : التعنير .

(٤) سورة النور ، ٢٤ : ٢ .

871 (١) ل : يلبث . (٢) ساقط من ل .

فى الزنا . { وأشد الضرب التعزير ، ثم حد الزنا ، ثم حد الخمر ، ثم حد القذف } . وأما التعزير فإنما كان أشد الضرب[٣] لأن المقصد إيقاع الزجر بالألم دون استيفاء عدد الأسواط . فإذا قدر أن يزجره بأسواط يسيرة فيوجعه بشدة الضرب ، فعل . وأيضاً فإنه لا يجوز أن يبلغ التعزير بالحد ، فإن لم يزد فى شدة الضرب حتى يقع //[ل ٢٥١ ب] به الزجر [٤]بالشدة والألم جاز أن لا ينزجر بذلك الضرب ، إذ لا يقدر على أن يبلغ به الحد ، فلم يقع الزجر به بما دون الحد ، فلا يكون ذلك تعزيرا . فينبغى أن يزيد فى شدة الضرب حتى يقع به الزجر[٤] عما نُهى عنه قبل أن يبلغ به الحد . ثم بعده حدُّ الزنا لقوله تعالى ﴿ وَلا تَأْخُذْكُمْ بِهِما رَأْفَةٌ فِى دِينِ اللهِ ﴾[٥] ، يعنى الشفقة على المحدود فى الجلد ، ثم حد الخمر بعده ، لأنه قد ثبت أن أخف الحدود حد القذف . وقد بينا أن ضرب التعزير والزنا أشد . لم يبق هناك إلا حد الشرب ، فينبغى أن يكون الشرب أشد من حد القذف . وأما ما قلنا أن حد القذف أخف الحدود لأن القاذف يجوز أن يكون صادقاً فيما قذف به فى الزنا ، إلا أن الشهود قعدوا عن الشهادة ، لأنهم مأمورون بالستر عليه فلم يشهدوا عليه بالزنا . وإن كان قد ثبت عندهم ذلك فوجب الحد على القاذف مع كونه صادقاً فى ما قذف به من الزنا . فينبغى أن يخفف عليه الحد ولا يبلغ به مبلغ سائر الحدود .

872 قال : { وإن كان الذى يقام عليه الحد مريضاً فإن كان الحد[١] الذى يريد الحاكم أن يقيمه عليه هو حد يأتى على نفسه ، مثل حد الرجم ، والقتل فى الردة ، فإنه يقيم ذلك عليه ولا ينتظر البرء . وإن كان ضرباً ، لم يُقم ذلك

---

(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ل .

(٥) سورة النور ، ٢٤ : ٢ .

872 (١) ساقط من ف .

عليه حتى يبرأ } . وذلك أن الرجم والقتل يوجب تلف النفس ، فلا فرق بين أن يكون البدن مريضاً أو صحيحاً ، إذ قد وجب تلف البدن[٢] بذلك الحد ، كما قلنا فى القصاص ، وأما إذا كان ضربا فلا يقام عليه حتى يبرأ ، لما روى عن النبى عليه السلام « أنه أمر عليا بإقامة الحد على جارية زنت ، فذهب على عليه السلام ليقيم عليها الحد ، فوجدها قد وضعت حملها ، وكانت نفساء ، فلم يقم عليها الحـــد ورجع إلى النبى عليه السلام وقال : إن بها دما ، يعنى نفاسا ، فاستصوب النبى صلى الله عليه وسلم ذلك من علىّ رضى الله عنه »[٣] . فهذا أصل فى أن كل معنى يوجب زيادة الألم فى الحد فإنه لا يقام على المشهود عليه الحد بزوال ذلك المعنى . وأصل آخر وهو قول النبى عليه السلام فى السارق لما أمر بالقطع « اقطعوه ثم احسموه لئلا يلحقه زيادة فى الألم غير موجب بالسرقة »[٤] وجب أن يكون المريض مثله . وأيضاً من جهة المعنى ، إن الفعل// [ل ٢٥٢ أ] لم يوجب //[ف ٢٠٤ أ] هذه الزيادة من الألم ، وذلك أن وقوع الضرب بالمريض أبلغ فى الألم من وقوعه بالصحيح . فلا يجوز لنا أن نوجب هذه الزيادة وهى غير موجبة بالفعل ، كما لا يجوز لنا أن نزيد سوطا آخر فى العدد فى الحد .

873 قال : { وحدّ القذف لا يسقط بالتقادم } وذلك أن المطالبة فيه حق لبنى آدم ، وحقوق بنى آدم لا تسقط بالتقادم ، فلا يكون فى ترك المطالبة فى الحال ما يوجب إسقاطه . فمتى ما ثبت الحد وجب على الإمام إقامته . وأما حد الزنا وغيره فيسقط بالتقادم لما روينا من حديث عمر : إنما شهود شهدوا بحد فلم يشهدوا به حين أصابه ، فإنما شهدوا بضغن ، أى حقد . ولم يفرق بين

---

(٢) ف : التلف .

(٣) أنظر مسند أحمد بن حنبل ، ج ١ ، ١٥٦ .

(٤) لم يرد هذا الحديث فى واسطة .

حد الزنا وغيره، إلا أنّا خصصنا منه حدّ القذف لما ذكرنا . والباقى على ما أوجبه اللفظ ، إذ بينا أن قوله حجة فى هـــذا الموضع لترك النكير من الصحابة عليه . وأيضاً فإن حد السرقة حق لله تعالى ، وإن كانت المطالبة بالمال حقاً لبنى آدم . ألا ترى أن المسروق منه إذا أخذ المال، وقال : قد أبرأته من القطع لم يبرأ ، ويقطعه الإمام ؟ والأصل فيه حديث صفوان لما سرق منه السارق رداءه فجاء به إلى النبى صلى الله عليه وسلم وأثبت عليه السرقة ثم قال : يا رسول الله ، قد عفوته[١] فقال « هلا كان ذلك قبل أن تأتينى به »[٢] ، فقطعه ولم يسقط القطع بقوله : قد عفوته ، فثبت أن المطالبة فى القطع ليست حقاً لبنى آدم . فإذا كان كذلك صار مثل الزنا فيسقط بالتقادم .

{ وأما حد الخمر فإن كان بإقراره لم يُحدّ حتى يكون ريح الخمر موجوداً منه فى حال اعترافه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يحد وإن لم يوجد منه ريح الخمر } . لأبى حنيفة أن الخمر له عَلَم يُستدَل به على تصديقه ، وهو ريحها ، فينبغى أن نعتبر العلم ، فإن كان موجوداً صدقناه وحددناه ، وإن لم يكون موجوداً لم نحده ، لأنه يصير كمن أباح ظهره للجلد ، فلا ينبغى للإمام أن يجلده . وليس هذا كالزنا ونحو ذلك ، لأن الزنا ليس له علم يُعلم به صحة قوله . وإنما المرجع // [ل ٢٥٢ ب] فى ذلك إلى قوله ، فلذلك افترقا . وأما محمد فإنه شبه حد الخمر بحد الزنا ، لأنه وإن كان معه علم ، فإن ذلك العلم يجوز أن ينقطع وينعدم ، فيكون الرجل صادقاً فى ما قال ، فصار كالزنا إذا لم يكن هناك رائحة . وليس فى هذا إثبات حد بقياس ، لأن الحد بالإقرار بالشرب وجب لا بالقياس على سائر الحدود ، وإنما القياس فى إسقاط اعتبار العلم ، لا غير . { وأما إذا كان الحد بشهود فإنه ينبغى للشهود أن يأخذوا

---

873 (١) ل : عفوت عنه .

(٢) قابل مسند أحمد بن حنبل ، ج ١٥ ، ص ٤٠١ .

الرجل والريح موجودة . فإن أخذوه بعدما انقطعت الرائحة وشهدوا بذلك عند القاضي لم تقبل شهادتهم } لأنهم قد قعدوا عن الشهادة حين لم يأخذوه في تلك الحال . وإنما كان كذلك لأنه كما وجب على القاضي اعتبار العلم في إقامة الحد بالإقرار كذلك على الشهود اعتبار // [ف ٢٠٤ ب] العلم في إقامة الشهادة . والمعنى الجامع بينهما أن إقامة الشهادة أيضاً لا تصح إلا عند القاضي . فكما لا يصح للحاكم إقامة الحد مع عدم العلم في الإقرار كذلك الشهادة لا تصح إلا مع وجود العلم في حال التحمل .

قال : { وينبغي أن يكونوا معاينين لشارب الخمر ، ثم يأخذوه قبل إنقطاع الرائحة } . فأما إذا لم يعاينوا الشرب فلا يجوز لهم أن يشهدوا عليه بالشرب لأجل الرائحة . قال الله تعالى ﴿ إلا مَن شهِدَ بالحقّ وَهم يعلمون ﴾ .

وأما قول الخصاف : { فان جاء صبيحة الليلة التي شرب فيها أقيم عليه الحد } ، فان الشيخ كان ينكره وقال : ليس هذا مذهب أبي حنيفة ، وعسى هو قول الخصاف .

وسألتُ(٣) الشيخ عن الفرق بين حد السرقة والجلد وبين الرجم ، إن الشهود لا يؤمرون بالقطع ولا الجلد(٤) ، فقال : لأنه قد ثبت عندنا أنه لا يجوز أن يُضرّ بمن وجب عليه الحد لما لم يستحق عليه بالفعل الموجب الحد ، ولا يجوز ترك شيء مما لزمه بالفعل . وإذا كان كذلك فالقطع يُحتاج فيه المعرفة ، لأن الإنسان إذا لم يعرف القطع ربما يُلحقه ضرراً (٥ أكثر مما يلحقه لو قطعه من عرف القطع ، فتكون تلك الزيادة غير مستحقة بالسرقة ، ويجوز ٥) أن يقطعه من موضع لا يجب قطعه فينتقص من الواجب ، فيكون

---

(٣) المتكلم هنا تلميذ الجصاص .　　(٤) ف : الحد .

(٥) ساقط من ل .

قد ترك ما وجب عليه استيفاؤه بالقطع ، مالم يقطعه . وهذا غير جائز ، فلذلك لم يؤمر الشهود بالقطع // [ل ٢٥٣ أ] لاحتياج الاجتهاد والمعرفة بالقطع . وكذلك الجلد على هذا لأن الضرب يختلف . وأما الرجم فليس كذلك لأن الموجب للفعل هناك تلف النفس فلا يختلف فى هذا رَمْىِ هذا ورمى هذا بالحجارة ، فلذلك افترقا .

874 قال : { وإذا شهد عليه رجلان بقذف لرجل والقاضى لا يعرف الشهود فانه يحبس القاذف ويعجل المسئلة عنهما . وهذا قول أبى حنيفة ، لأنه لا يرى الكفالة فى الحدود والقصاص ، وعندهما يكفل بنفس القاذف } . والكلام فى هذا قد تقدم .

قال : { وإن شهد عليه شاهد واحد بالقذف ، وقال الخصم : أنا أحضر شاهدى الآخر ، فان القاضى يستحلف الطالب أن الذى يطالبه حق عليه ، ثم يحبسه إذا حلف حتى يحضر شاهده الآخر } .

قال الشيخ : ولا أعرف هذا عن أصحابنا ويجوز أن يكون قوله . ووجه ذلك أنه لا يجوز أن يحبس بشاهد واحد ، لأن الشاهد الواحد لا يثبت به حق فيضم إليه يمين الطالب . إلا أن هذا يلزمنا أن نقول به فى سائر الحقوق لهذه العلة . وليس هذا مذهب أصحابنا .

875 قال : { والمرأة لا يقام عليها حد ولا رجم وهى حامل حتى تضع } . والأصل فيه حديث الغامدية لما اعترفت بالزنا قال لها « إذهبى حتى تضعى » ، فلما وضعت حملها جاءت إلى النبى عليه السلام وأخبرته به ، قال « لا حتى تفطمي الصبي » فقالت : تريد أن تردني كما رددت ماعزا . فلما فطمت الصبي

حينئذ رجمها[1] . فالدلالة من هذا الخبر على تأخير الرجم عن الحامل ظاهر . وأما فى حال الفطام فإن معناه عندنا أن الولد لم يكن له أحد يقوم بحضانته فأخر إقامة الرجم // [ف ٢٠٥ أ] عليها لأجل الولد . وأيضاً ما روى عن عمر أنه أراد رجم امرأة حامل فقال له مُعاذ : إن كان لك عليها سبيل ، فلا سبيل لك على ما ببطنها . ومن جهة النظر أن الزنا لم يستحق قتل ما فى بطنها ، وفى إتلافها بالرجم إتلاف ما فى بطنها . فينبغى أن يؤخر الرجم حتى تضع .

وأما إذا كانت مريضة فحكمها على ما بينا فى الرجل . إن كان حداً يأتى على نفسها يقام عليها ، لأن الموجب إتلاف النفس . وإن كان حداً لا يأتى على نفسها لم يُقم عليها حتى تبرأ ، لأن تلك الزيادة التى تصيبها فى حال المرض لم تستحق عليها بالزنا // [ل ٢٦٣ ب] وغير ذلك من الأفعال الموجبة للحد .

قال : { وأما النفساء فإنه يُنتظر بها الطهر ، والحائض لا ينتظر بها الطهر } من قبل أن النفاس بمنزلة المرض ، لأنه يوجب ضعفها [لتقدم الولادة إياه][2] وهذا المعنى غير موجود فى الحيض . وقد روينا عن علىّ عليه السلام أنه لم يقم الحـــد على تلك الجارية النفساء ورجع إلى النبى صلى الله عليه وسلم [3] فأخبره بذلك فقال : إن بها دما ، يعنى النفاس ، فاستصوب النبى عليه السلام[3] رأيه .

---

878 (١) أنظر مسند أحمد بن حنبل ، ج ٥ ، ص ٣٤٨ وماعز المذكور هو ماعز ابن مالك الأسلمى ، أسلم وصحب النبى (ص) ثم أصاب الذنب — زنى — واعترف ، فأمر به رسول الله فرجم .

أنظر ابن سعد ، طبقات ، ج ٤ ، قسم ٢ ، ص ٥٢ ، ومسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ص ٤٥٠ .

(٢) فى الأصل : لتقدمه الولادة .

(٣) ساقط من ل .

876 مســـألة

{ ولو أن رجلا قال لرجل : يا فاسق ، أو : يا فاجر ، ونحو ذلك ، فإنه يعزّر } من قِبل أنه قد تناول من عِرضه . فعلينا أن نردعه بالتعزير كما نردعه بالحد إذا تناول من عرضه بالقذف . { وأما التعزير فعلى حسب رأى الإمام إلا أنه لا يبلغ به حد المملوك : أربعين سوطا عند أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف : يجوز أن يضربه ما بينه وبين خمسة وسبعين سوطا } . لأبى حنيفة قوله عليه السلام « مَن بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين »[1] ، وقوله : حداً ، نكرة تتناول كل حد بانفراده ، فلا يجوز لنا أن نبلغ بها حداً من الحدود ، وننقص من الأربعين سوطا واحدا . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى ما روى عن علىّ رضى الله عنه أنه كان يضرب فى التعزير ما بينه وبين خمسة وسبعين سوطا ، وهو نقصان خمسة أسواط من حد الزنا . كذلك أبو يوسف نقص خمسة أسواط من حد القذف للحرّ .

877 مســـألة

{ ويُضرب حد الخمر وهو مجرد من سراويل أو إزار ولا يمد إلا أن يمتنع فيُمدّ ، ويفرق الضرب على أعضائه ، ويتقى الرأس والوجه والمذاكير } كما قلنا فى حد الزنا لا يصل إليه الألم إذا لم نجرّده . وليس هذا كحد القذف . ذاك أخف الحدود .

878 مســـألة

{وحد الخمر ثمانون سوطا للحر ، وأربعون للمملوك} . والأصل فيه ماروى

---

876 (١) لم يرد فى واسنك .

عن النبي عليه السلام « أنه رُفع إليه رجل قد شرب الخمر فضربه أربعون رجلا ، كل رجل منهم مرّتين بالجريدة والنعال [١] » . وأما ما روى عن [٢] النبي صلى الله عليه وسلم [٢] [أنه] جلده أربعين ، وأبو بكر جلده أربعين ، وصدراً من خلافة عمر ، ثم جعل عمر عليه ثمانين سوطا ، وكل ذلك سنة ، فهو حجة لنا ، وليس فيه دلالة على خلاف ما قلنا // [ل ٢٥٤] لأن معناه ما بيّن فى الخبر الآخر أنه ضرب كل رجل مرتين بالجريد والنعال ، وكانوا أربعين رجلا ، فصار جملته ثمانين . وعلى أنه لو كان الأمر على ما قالوا لإجماع // [ف ٢٠٥ ب] الصحابة على فعل عمر ، وجعله ثمانين سوطا حجة على من بعدهم ، فلا يجوز لنا أن ننقص من ثمانين شيئا .

879 مسـألة [١]

{ والحامل إذا أقرت بالزنا لم يقم عليها الحد حتى تضع ، فإن عادت بعدما تضع حملها [٢] أقام عليها [٢] الحد إذا كان للولد من يرضعه } . والأصل فيه ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم فى حديث الغامدية [٣] أنه قال لها « اذهبى حتى تضعى » ، فلما وضعت جاءت إليه بولد ، فقال لها « مُرّى حتى تفطمى الصبى » ، فلما جاءت إليه فأقام عليها الرجم . وهذا عندنا على المعنى الذى ذكرنا أنه لا يكون للولد من يفطمه ويرضعه ، فلا يجوز لنا إقامة الحد على المرأة لظاهر الخبر . وأما إذا كان للولد من ترضعه فلا يترك إقامة الحد عليها بعد وضع الحمل إذا كان رجما . وإذا كان جلدا بعدما تعالت من نفاسها ، من قبل أنه لا يلحق الصبى الضرر فى هذا الموضع إذا كان هناك من يقوم به . فصارت هذه وغيرها من النساء سواء فى هذا الحال . وأما فى الباب الأول .

---

878 (١) لم يرد فى واسنك . (٢) ف : علىّ عليه السلام .

879 (١) ل : قال . (٢) ساقط من ل .
(٣) أنظر فقرة 875 ، ملاحظة ١ .

فإن الولد يتلف ويلحقه الضرر[٤] برجم الأم . وهذا الضرر[٤] لم يُستحق عليه بزنا الأم . وقد بينا أنه لا يجوز أن يوجب ضرراً على أحد غير ما استحق عليه بالفعل الموجب للحد .

قال : { ولا تحبس الحامل لوضع الحمل إذا كان الحد بالإقرار } من قِبل أنها لو جحدت بعد الإقرار بالزنا قُبِلَ جحودها على إسقاط الحد عنها جملةً ، فتخليتها التى لاتوجب سقوط الحد عنها وإنما توجب تأخيره عنها إلى أن تضع الحمل أولى بالحكم بها . { وأما إذا كان الحد بالبينة لم يخل عنها وتحبس حتى تضع الحمل } من قبل [أن] امتناعها من إقامة الحد لا يُقبل فى هذه الحالة ، [ولو أنها[٥]] قد أقرت بذلك أو جحدت . وكذلك [تخليتها][٦] لا تجوز إذ هى موجبة لتأخير الحد عنها إلى وضع الحمل . وجملة الأمر أن تخلية المرأة ها هنا كتخليتها فى حال الرجم ، وهى لو أقرت بالزنا وهى محصنة غير حامل فرجمت ثم هربت[٧] كان الواجب // [ل ٢٥٤ ب] على الناس أن يخلوها لما روى عن النبى عليه السلام أنه لما أمر برجم ماعز ، فرجموه فهرب من ذلك ، فلحقه كثير بالحجارة فقتلوه فى ذلك الموضع ورجعوا إلى النبى عليه السلام وأخبروه بذلك فقال لهم « هلا تركتم سبيله » ، وفى رواية أخرى « هلا تركتموه »[٨] . فهذا أصل فى تخلية المقرّ بالزنا ، [يخلى[٩]] إذا أراد أن يهرب . وهذه [أى المثبت عليها بالبينة] حتى تُرجم وتُقتل . كذلك[١٠] عليه المرأة[١٠] فى مسئلتنا ، لا يجوز إذا كان الحد بالبينة .

---

(٤) ساقط من ل .
(٥) فى الأصل : لأنها .
(٦) فى الأصل : عسلها .
(٧) ل : ذهبت .
(٨) أنظر مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ٤٥٠ .
(٩) كذا فى ج . وفى ف ، ل : لايخلّى .
(١٠) ساقط من ل .

880 باب الرجوع عن الشهادات

ذكر { حديث يزيد بن رادان مولى بجيلة[1] [؟] أنه شهد الشعبي[2] في شاهدين شهدا على رجل أنه طلق امرأته ففرق الوالي بينهما ، أو أحدهما رجع عن شهادته ، فقال الشعبي : قد مضى الحكم ولا يُلتفت إلى رجوع الراجع } .

قال الشيخ . وهذا مذهبنا ، وذلك أن رجوع الشاهدين لا يخلو من أن يكون شهادة أو غير شهادة . فإن كانت شهادة فهي ساقطة // [ف ٢٠٦ أ] في حق المشهود له إذ قد كذبا أنفسهما في هذه الشهادة ، فشهادتهما بدءا أن الأمر بخلافه . وإن كان غير شهادة فهو أولى بأن لا تقبل ولا تفسخ به حكم الحاكم ، فيبطل الرجوع في حق المشهود له ويلزم الشاهدين ما استحق على المشهود عليه بشهادتهما ، إذ قد اعترفا أنهما أتلفا عليه ذلك المال . وذكر { حديث مُطَرِّف[3] عن الشعبي أن رجلين أتيا عليًّا عليه السلام برجل وشهدا عليه أنه سرق . فقطع يده عليّ رضي الله عنه . ثم جاءا بعد ذلك برجل آخر فقالا : غلطنا في الأول ، إنما كان الذي سرق ، فأبطل عليّ عليه السلام شهادتهما على الآخر ، وغرمهما دية الأول ، وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما } .

---

880 كذا في الأصل . ولم أعثر على اسم يزيد هذا .

(٢) هو عامر بن شراحيل ، كوفي محدث ، توفي سنة ١٠٥ هـ [؟] انظر ترجمته في وفيات الأعيان ، تحقيق إحسان عباس ، بيروت ١٩٦٨ — ١٩٧٠ ، ج ٣ ، ص ١٢ — ١٦ .

(٣) هو مطرف بن عبد الله بن الشخير ، المتوفى سنة ٨٧ هـ . أنظر وفيات الأعيان ، ج ٥ ، ص ٢١١ .

قال الشيخ : وجوب دية الأول محمول على أنه مات من القطع ، فأما إذا لم يمت فلا يلزمهما إلا دية اليد . وأما قوله : لو علمتُ أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما ، فهذا على معنى الرجوع عن الشهادة بما لا يليق // [ل ٢٥٥ أ] به الشاهد ، لا على الوجوب ، لأن رجلين لو قطعا يد رجل لم تقطع أيديهما ، فكيف إذا شهدا بما يوجب عليه القطع ؟

وذكر { حديث الأشعث عن الحسن فى أربعة شهدوا على رجل بالزنا فرُجم ، ثم رجع أحدهم ، فلا يقتل الراجع ويُضرب الثلاثة الحد ويغرمون ثلاثة أرباع الدية } . وقد روى عن ابراهيم فى قتل الراجع إذا تعمد فى الشهادة بالزنا مثل قول الحسن . وأما فى وجوب الدية فمثل قولنا : يجب عليه ربع الدية ولا يجب على الباقين من الدية شىء إذا لم يرجعوا عن الشهادة .

قال الشيخ : وذهب مَن قال بقتل الراجع أن الشهود هم الذين أكرهوا القاضى على إقامة الرجم ، لأنه ليس له أن يمتنع من إقامة الحد بعد ما شهد الشهود بالزنا ، فصاروا كالمكرهين للقاضى على الرجم . وفعل المكرَه ينتقل إلى المكره . ألا ترى أن رجلا لو أكره رجلا على قتل رجل فقتله ، إن المكره على القتل يقتل ؟ كذلك ها هنا . وهذا عندنا ليس كذلك لأن القاضى غير مكره على الحكم لأن الإكراه الذى يوجب [نقل حكم][4] المكره إلى المكره هو أن يتوعده بالسيف[5] وقتله أو بقطع عضو من أعضائه ، أو بضرب يوجب التلف أو نحو ذلك . فأما الوعيد فى الآخرة فلا يكون إكراها ، لأنه لو كان كذلك لوجب أن يكون جميع المسلمين وأهل الطاعات مكرهين على فعل الواجبات ، لأن تركهم الواجب يوجب عليهم العذاب . ولو كان كذلك ما استحقوا الحمد والثواب على فعل الواجب إذا كانوا مكرهين على ذلك . وهذا لا يقوله مسلم . فثبت أن الوعيد بالآخرة لا يوجب

---

(٤) فى الأصل : حكم النقل .   (٥) ساقط من ل .

إكراه القاضي على فعله ، فلا ينتقل حكم فعله إلى غيره كذلك في مسئلتنا لا يصير الشهود مكرهين للقاضي // [ف ٢٠٦ ب] على إقامة الرجم وإن كانوا سبباً في إيجاب[٦] الحد ، فلا يجوز أن يلزمهم القتل إذا رجعوا عن الشهادة . وأيضاً فإن الشهود لو باشروا قتله بالحجر من غير أن يكون هناك شهادة بالزنا ولا غيره لم يلزمهم القود عندنا . فكيف يجوز أن يلزمهم القتل بالرجوع في مسئلتنا وهم لم يباشروا // [ل ٢٥٥ ب] القود ولا كانوا مكرهين لأحد على قتله بوجه من الوجوه . وذكر بعد هذا مسائل الشهادات والرجوع عنها ، وهي مسائل الأصل فلم نرَ الاشتغال بها وجهاً في هذا الموضع .

881 باب الشهادة على الحقوق

قال أبو بكر الخصاف : { ولو أن رجلا أقام شاهدين أن له ولفلان الغائب على هذا الرجل ألف درهم ، وأتى بصك باسمه واسم الغائب على المدعى عليه بذلك المال ، وعُدل الشهود ، فإن أبا حنيفة قال : أقضي[١] لهذا الحاضر بنصف المال ، فإذا قدم الغائب كلّفتُه إعادة الشهود على الصك . فإن أحضرهم فشهدوا له حكمت عليه ، وإن لم يحضرهم لم أحكم عليه بشيء . وقال أبو يوسف : يحكم القاضي بالمال كله ، ويأمر المدعى عليه أن يدفع إلى الحاضر نصفه ، فإذا قدم الغائب لم أكلفه إعادة البينة ، وأمره بأخذ المطلوب بالنصف . وإن أراد أن يتعجل من شريكه نصف ما أخذ فله ذلك ، ويتبعان المطلوب بالنصف الذي عليه . وهو قول محمد } .

لأبي حنيفة أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب لأنه ليس بوكيل ولا هو ممن لا يتوصل إلى إثبات حقه إلا بإثبات حق الغائب حتى يكون خصما عنه

---

(٦) ل : إقامة .

881 (١) ل : القضو .

— وهذا إذا كان ما يدعى على الحاضر نفس ما يثبت على الغائب أو من حقوقه[٢] . فأما إذا كان على غير هذا الوجه فإن أبا حنيفة لا يحكم على الغائب إلا أن يكون وكيلا عنه أو ما يقوم مقامه . والكلام فى هذا الأصل قد مرّ فى الجامع الكبير ، لأنه يمكن أن يتوصل إلى حقه ، وهو نصف الدين ، فيقضى له بنصف الدين حسب ، ونصيب الغائب موقوف غير محكوم بثبوته ، إذ هذا ليس بخصم عنه . والحكم بالمال للغائب من غير خصم حاضر لا يجوز عند الجميع . فلذلك لم يحكم بنصيب الغائب . وليس هذا كأحد الورثة ، يكون خصما فى إثبات الميراث عن سائر الورثة // [ل ٢٥٦ أ] ، لأن الوارث خصم عن الميت ، والمال ها هنا يثبت للميت أولا ، فيكون خصما عن الميت لا عن الورثة ، وأحد الورثة قد ثبت عند الجميع أنه خصم عن الميت . وكذلك لو ادعى أحد الوارثين ديناً للميت على رجل والآخر غائب ، قضى بجميع المال من قِبل أن هذا الحاضر يُثبت المال أولا للميت ، ثم يملك هو وصاحبه عن الميت من جهة الإرث . وقد بينا أن من مذهبهم جميعاً أن أحد الوارثين خصم عن الميت .

فإن قيل . لمّا كان حق هذا الحاضر لا يتميز من حق صاحبه الغائب ، إذ كل جزء من المال بينهما فينبغى أن لا يحكم لهذا بجزء[٣] من المال إلا كان محكوماً به للغائب ، فصار هذا الحاضر غير // [ف ٢٠٧ أ] متوصّل إلى إثبات حقه إلا بإثبات حق الغائب . فينبغى أن يكون خصما عن الغائب كأحد الوارثين يكون خصما عن صاحبه لهذه العلة ، قيل له : هذا ساقط الاعتبار[٤] لأنه يجوز لنا أن نحكم بنصيب الحاضر ونميز حقه فى الإثبات من حق الغائب ، كما أن الدين لو كان ظاهراً لهما على رجل فجاء أحدهما ليقبض نصيبه أُمر

---

(٢) المعنى هنا غير واضح ، ولعل بعض الكلمات سقطت .

(٣) ل : الجزء . (٤) ساقط من ف .

المطلوب بقضاء نصيبه ، ويكون المقبوض هو نصيبه دون نصيب صاحبه بدلالة أن صاحبه إذا جاء يطالب المطلوب بجميع نصيبه [ولم يكن][٥] للحاضر فى الابتداء أن يأخذ نصف المال ولا شيئاً منه إذا كان كل جزء بعضه من نصيبه وبعضه من نصيب صاحبه ، فكان يُمنع من قبض شىء منه ، إذاً لا سبيل إلى قبض نصيب صاحبه . فلما اتفق الجميع على أن للحاضر أن يقبض نصيبه من المال ، إذ كان أصل المال نصفين ، علمنا أن المقبوض هو نصيبه وإن كان لصاحبه فيه حق الشركة . فكذلك فى مسئلتنا : المقضى به هو نصيب الحاضر دون الغائب . فلذلك جوّزنا إثبات نصيبه دون نصيب صاحبه الغائب .

قلت للشيخ : ولا يكون فى هذا قسمة الدين ؟ فأنكر هذا ، وهو سؤال صحيح . وقد مر الجواب فى الجامع الكبير[٦] //[ل ٢٥٦ ب] . فقال : إنما تكون قسمة الدين لو لم يثبت لصاحبه فيه شىء ، فنكون قد عيّنا نصيبه فى المقبوض ونصيب صاحبه فى غير المقبوض . فأما إذا أثبتنا له شركة فى المقبوض فلم تقع قسمة الدين ، إذ حق الشركة لهما قائم فى المقبوض وغير المقبوض .

قال الشيخ : ولا خلاف بين أبى حنيفة ومحمد أن الحاضر لو ادعى أن فلاناً الميت أوصى إليه وإلى فلان الغائب ، أن الحاضر يكون خصما فى إثبات الوصية لنفسه وللغائب جميعاً . وقال أبو يوسف : لا يكون خصما عن الغائب فى إثبات وصيته . وقد مرت هذه المسئلة فيما تقدم من هذا الكتاب . وليست هذه من مسئلتنا فى شىء ، من قِبل أن من أصل أبى حنيفة ومحمد أن أحد الوصيين ليس له أن يتصرف دون صاحبه . فإثبات الوصية لنفسه

---

(٥) فى الأصل : ولا كان .

(٦) مزيد هنا فى ج ، ل : حرسه الله .

إثبات لوصية صاحبه ، إذ لا يثبت له حق التصرف إلا بثبوت حق التصرف لصاحبه . فصار خصما عن صاحبه من هذه الجهة . وعند أبي يوسف لمّا جاز لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه لم يحتج هذا فى إثبات حق التصرف لنفسه إلى إثبات حق التصرف لصاحبه . فيثبت له حق التصرف فى جميع المال من جهة الوصية ، ولا تثبت وصية صاحبه إلى أن يجيء فيثبتها ببينته .

فإن قيل : فلِمَ جاز عندهم جميعاً أن يقبض الحاضر نصف الدين ومعلوم أن كل جزء من الدين فهو بينه وبين صاحبه ، وليس له أن يقبض مال صاحبه ، فينبغى أن لا يقبض شيئاً منه حتى يجيء صاحبه ؟ قيل له : من قِبل أن لكل واحد منهما عليه نصف المال ، فالمطلوب إذا قضى أحدهما لم يقض نصيب الآخر // [ف ٢٠٧ ب] وإنما قضى نصيب هذا الحاضر ، إذ المقبوض هو ملك له من جهة المطلوب وليس هو نفس ما كان لهما فى ذمته . فإذا كان كذلك كان لأحدهما أن يملك عيناً فى ذمة المطلوب بهذا المقبوض ، كما جاز له أن يبيعه منه ويأخذ عنه بدلا ، وكما جاز أن يبيع نصيبه من العبد الذى بينه وبين صاحبه . كذلك نصيبه // [ل ٢٥٧ أ] من الدين يجوز أن يملّكه إياه بما يقبضه منه ، فيكون المقبوض له وإن لم ينقطع حق الاشتراك فيه لصاحبه . وليس هذا كالوديعة عند أبي حنيفة ، ليس لأحدهما أن يقبض نصيبه من الألف الوديعة حتى يجيء صاحبه ، من قِبل أن الوديعة عين ، والمقبوض هو نفس العين الذى كان بينهما ، لا أنه مأخوذ على وجه البدل . فإذا كان المقبوض هو عين المال الذى بينه وبين صاحبه ، لم يجز له أن يقبض عين مال صاحبه ، إذ ليس هو بوكيل فى القبض ولا خصما عنه . وأما فى مسئلتنا فالمأخوذ عن الدين ليس هو المال الذى كان بينهما ، وإنما هو مال المطلوب يملكه القابض بما له عليه من الدين ، فلذلك افترقا .

882 فصـــل

{ ولو كان مكانَ الدين دار أو عبد أو غير ذلك من العروض ، فإن قول أبي حنيفة فى هذا مثل الأول } للعلة التي ذكرناها . { وكذلك قول أبي يوسف فى القضاء . وأما فى القبض فإن الدار تخرج كلها من يدى المدعى عليه ، ويسلّم نصفها إلى الحاضر ونصفها يُوضع على يدى عدل حتى يجيء الغائب } . وليس يُفعل هذا فى الدين ، إنما يقضى نصيب الحاضر ، ويكون نصيب الغائب فى ذمته . وذلك أنه قد ثبت فى الدار والعروض أن النصف ملك للغائب ، وأن الذى فى يديه غاصب[1] ، فلا يجوز أن يُترك عين مال الغائب فى يديه . وأما الدين فليس هناك مال معين ، وإنما هو حق يصل به إلى عين المال فى الثانى . هذا الذى قال الشيخ . وليس هذا بواضح . ويمكن أن يقال إن فى قبض نصيب الغائب من الدين تمليك وتصرف ، لأن القبض يوجب التمليك عندنا ، وليس لأحد أن يتملك على الغائب . وأما الدار والعروض فليس فيها هذا المعنى ، لأن قبض العين لا يوجب التمليك ، كما أن المودَع فى قبض الوديعة لا يتملك شيئاً على المودِع كذلك هذا .

قال : { ولا أقسمها } ، يعنى الدار ، { حتى يحضر الغائب } من قِبل أن فى القسمة تصرّفاً على الغائب // [ل ٢٥٧ ب] وتمليك مال الغائب من غيره ، إذ القسمة فيها معنى التمليك فيما ليس له مثل عندهم جميعاً .

883 فصـــل

{ ولو كان الحاضر ادعى تمليك هذه العروض من جهة الهبة أو الصدقة ، والقبض جميعاً فهو مثل هذا على الاختلاف الذى بيّنا إذا كان الشيء مما

882 (١) بياض فى لـ .

لا يُقسم ، لأن هبة بعضه تجوز . وأما إذا كان مما يقسم فإنه لا يجوز أن يحكم بشيء للحاضر عند أبي حنيفة } ، لأن من أصله أن هبة الواحد للدار من رجلين لا تجوز . فكذلك هاهنا لا [ف ٢٠٨ أ] يجوز إثبات الهبة للحاضر ولا للغائب إذا جاء ، لأنه لو كان فيما يجوز هبة الدار من رجلين في صفقة واحدة إذا تقابضا لم يجز أن يحكم ها هنا بنصف الدار للحاضر على وجه الهبة ، إذ من أصله أن لا يُحكم بنصيب الغائب وإنما يحكم بنصيب الحاضر حسبُ(١) ، ونصيب الحاضر هو نصف الدار ، وهبة نصف الدار جائز بالاتفاق ، فلا يجوز . } وأما على قولهما فيجوز } على الأصلين جميعاً : أحدهما أن هبة الدار لرجلين جائز إذا قبضاها ، ولأن من أصلهما أن لا يحكم للحاضر بنصيبه إلا مع نصيب الغائب ، فقد حكم بهبة الدار كلها لهما وبقبضهما ، فيجوز . } فإن قدم الغائب فأنكر الهبة على قول أبي حنيفة مثل [الأولى] }(٢) لأنّا لم نقض للغائب بشيء على قوله ، فجحوده لا يُبطل حق الحاضر الذي أثبتناه في الفصل الأول . } وأما على قولهما جازت الهبة في نصيب الحاضر في الوجوه كلها ، وإن كان الموهوب إذا قدم لا يوجب بطلان ملك الحاضر } لأن قوله غير مقبول على هـذا في إبطال حقه ، فيُردّ نصيبه من الدار إلى مَن كانت الدار في يده ، ويجعل نصف الدار للحاضر .

884 مسـألة(١)

قال : } ولو أقام الحاضر البينة أنه وحده اشترى من هذا الرجل ومن فلان الغائب هـذه الدار أو الأرض أو غير ذلك ، فإن القاضي لا يقضي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف إلا على الحاضر في حصته ، ولا يقضي بنصيب الغائب

---

883 (١) : ساقط من ل .

(٢) في الأصل : الأوّلة .

884 (١) ل : فصل .

إذا كان //[ل ٢٥٨ أ] (٢ الحاضر مقراً بنصيب الغائب ، كانت الدار ميراثاً أو شراء فى أيديهما فهو سواء } . أما على قول أبى حنيفة فهو بين لأنه عنده لا يقضى بنصيب الغائب لو كان٢) المدعى ديناً على هـذا الحاضر حتى يقدم الغائب . كذلك إذا كان المدعى دارا لم يجز أن يقضى على الغائب لهذا الحاضر . وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما فرّقا بين هذه المسئلة وبين تلك فقالا : ها هنا كما قال أبو حنيفة ، لأن الدار كلها فى يدى الحاضر ، وهو مقر بأن نصفها له ونصفها وديعة للغائب فى يده . وادعى هذا المدعى أنه اشترى نصيبه ونصيب الغائب ، والحاضر لا يكون خصما عن الغـائب كالمودع لا يكون خصما عن المودع إذا لم يكن وكله بالخصومة . كرجل فى يده عند الإنسان فقال رجل : إنى اشتريته من فلان الغائب ، لم يكن بينه وبين المودع خصومة . كذلك هذا. وأما النصف الذى له فهو الخصم فيه لأنه ملكه فى الظاهر . وأما فى تلك المسئلة فالدين كله فى ذمة الحاضر ادعى المدعى نصفه لنفسه ونصفه للغائب ولم يتوصل إلى إثبات نصيبه على قولها إلا بإثبات نصيب الغائب . فلذلك صار خصما عن الغائب . وأما الدار فإن كان كل جزء من الدار بينهما إن كان مشاعا فى يده فإن القاضى إنما يقضى للمدعى بنصيب الحاضر مشاعا غير مقسوم ، فلا يكون// حكما بنصيب الغائب للمدعى ، إذ نصيب الغائب باق مشاعاً كما كان .

قال : { فإن كان الذى فى يده الدار جحد نصيب الغائب فأقام المشترى البينة إنه اشتراها من الحاضر والغائب جميعاً بكذا درهم ونقدهما الثمن ، فإن القاضى يقضى له بالدار كلها فى قولهم جميعاً } . أما النصف الذى ادعى المدعى أنه كان للحاضر فاشتراه منه ، فلا إشكال فيه ، كرجل ادعى على رجل أنه اشترى منه هذه الدار وهو يملكها وأقام على ذلك بينة ، قُبلت بينته ويُقضى له بها . وأما النصف الذى ادعى المدعى أنه كان للغائب ، اشتراه منه ونقده

---

(٢) ساقط من ل .

الثمن ، وادعى الحاضر أنه له ، فإنما يقضى له به لأن الظاهر أنه ملك الحاضر إذ الحاضر لم يقرّ لأحد فهو الخصم فى ذلك ، وإن كان المدعى ادعى تمليكها من جهة غيره . ألا ترى أن رجلا لو كان فى يده عبد ، فقال[٣] رجل : هذا العبد ، اشتريته من فلان // [ل ٢٥٨ ب] الغائب ، وادعى الذى فى يديه أن العبد عبده ، إن الحاضر خصم فى قبول البينة عليه ،وإن هذا المدعى خصم عن الغائب لأنه يدعى استحقاق ملك الحاضر ، وهو لا يتوصل إلى استحقاق هذا المال إلا بإثبات العقد من جهة الغائب[٤] ، فيكون خصما فى إثبات الملك لأنفسهما ، إلا بإثبات ملك الميت ، كانا خصمين فى إثبات ملك الميت[٤] .

885 مسـألة

الدار الكاملة حكمها نصف الدار على ما بينا فى الفصلين جميعاً .

886 قال : { ولو أقام المدعى بينة على صدقة من هذا الحاضر والغائب ، أو على هبة منهما والقبض منهما ، والدار فى يدى الحاضر ، وأهل الغائب [١] مقرون بحق الغائب[١] فيها ، فإن فى هذا قياس قول أبى حنيفة : لا يجوز فى الرهن ، وأما الهبة والصدقة فهى فى الدار والأرض [لا][٢] تجوز ، ويجوز فى العبد والأمة نصيب الحاضر ، ويوقف نصيب الغائب فى يدى أهله . فإذا قدم كلف إعادة البينة . وأما فى قول أبى يوسف فلا يكلف إعادة البينة عليه ويقضى بنصف الدار غير مقسومه فى الهبة والصدقة . وأما الرهن فلا يقضى أبو يوسف على الحاضر بشىء حتى يقدم الغائب . فإذا قدم كلفه أن يُعيد البينة عليهما ، ثم يحكم له } . وهذا كله كلام الخصاف .

---

(٣) ل : أو مال .

(٤) يظهر أن بعض الكلمات قد سقطت من الأصل إذ أن المعنى مضطرب وناقص .

(١) ساقط من ل .　　　(٢) فى الأصل : فلا .

قال الشيخ : أما قول أبي حنيفة فهو كما قال ، وأما ما حكاه عن أبي يوسف فضطرب . وجه قول أبي حنيفة من قبل أن من أصله أنه لا يحكم للمدعى إلا بنصيب الحاضر ، إذ الحاضر ليس هو خصم عن الغائب ، ولا الشيء الذى يدعى على الحاضر نفس ما يثبت على الغائب أو من حقوقه . فإذا كان هكذا فالنصف الذى يدعى على الحاضر [٣] تمليكه إياه غير النصف الذى يدعى[٣] تمليكه من جهة الغائب ، ولا هو من حقوقه وإن كان المدعى لا يتوصل إلى إثبات نصف الدار هنا إلا بإثبات النصف الآخر فلا يكون خصما إذا كانت مسئلتنا مبنية على // [ف ٢٠٩ أ] الأصل الذى قلنا من مذهبه ، وهو أنه متى لم يكن الحاضر خصما عن الغائب بالوكالة ونحوها ، ولا الشيء الذى ادّعى على الحاضر نفس ما يثبت على الغائب // [ل ٢٥٩ أ] ولا من حقوقه فإن الحاضر لا يكون خصما عن الغائب . وقد بينا فى مسئلتنا أن الحاضر ليس بوكيل ولا الشيء الذى يدعى عليه نفس ما ثبت على الغائب ولا من حقوقه . فلا يكون خصما عنه . وإذا كان كذلك لم يمكننا إثبات نصف الدار أو العبد رهنا إذ رهن المشاع عندهم جميعاً غير جائز فيما ينقسم وفيما لا ينقسم . وأما هبة المشاع فيما لا يقسم تجوز ، وفيما يقسم[٤] لا يجوز . فأجزنا هبة نصف العبد والأمة على الحاضر للمدعى وأبطلنا هبة نصف الدار والأرض لأنهما مما يقسم . فلا تجوز هبة المشاع فى ما ينقسم .

وأما ما حكاه عن أبي يوسف فهو لا يخلو من أن يجعل الحاضر خصما عن الغائب كما قالوا فى الدين إذا ادعى لنفسه وللغائب ، إذ لا يمكن إثبات هبة نصف الدار بنصفه على الحاضر إلا بإثبات هبة النصف الآخر على [الغائب][٥] . فإن قال كذا فيلزمه أن يقول : الرهن مثله ، إذ الرهن لا يجوز

---

(٣) ساقط من ل . (٤) ل : لا يقسم .

(٥) فى الأصل : الحاضر .

مشاعا . كما لا تجوز الهبة فى الكل وكذلك الرهن . فقوله : إن أبا يوسف لا يكلف إعادة البينة ويقضى بنصف الدار غير مقسومة فى الصدقة والهبة فاسد لا معنى له لما بينا ، ولأنه أيضاً قال : لا يكلف إعادة البينة . وهذا لا يكون إلا بالحكم على الغائب . ثم يقول : ويقضى بنصف الدار غير مقسومة ، فكأنه قال : يقضى بالدار كلها ، ثم قال : يقضى بالنصف .

887 مسألة

قال : { ولو أن رجلين ادعيا على رجلين مالا فى صك ، وأحدهما حاضر فجحد ، والآخر غائب ، [فأقاما][1] على ذلك بينة فإن أبا حنيفة قال : أقضى بالمال على الشاهد والغائب .

قال الشيخ : وهذا أيضاً غير مستقيم على أصله ، لأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب ، ولا النصف الذى يدعى على الحاضر من الدين نفس ما يثبت على الغائب ، ولا من حقوقه . فلا ينبغى أن يكون الحاضر خصما عن الغائب ، وينبغى أن يثبت نصيب الحاضر حسب ، كما قال فى شراء الدار منه ومن الغائب .

888 قال : // [ل ٢٥٩] { وكذلك لو كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه بأمره فهو كما قال ، ويكون الحاضر خصما عن الغائب . وإن كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه بغير أمره فلا يكون الحاضر خصما عن الغائب } . وهذا مسطور فى الجامع الكبير على التفصيل . وذلك أن الكفالة إذا كانت بأمر المكفول عنه فإن المال الذى يُدعى على الكفيل هو نفس ما يثبت على المكفول عنه فى التقدير // [ف ٢٠٩ ب] لأنه يوجب للكفيل حق الرجوع

887 (١) فى الأصل : فأقام .

بعينه إلى المكفول عنه (١ فصار المكفول عنه١) كأنه أمر الكفيل أن يقرض الطالب مثل ما عليه على أن يرجع به على المكفول عنه . فيكون الحاضر خصما في إثبات الدين أولا على الغائب ثم يثبت عليه بالكفالة بأمر الغائب . كالمدعى إذا ادعى على الحاضر بشراء العبد [في](٢) يده من الغائب ، وأنكر الحاضر ذلك ، إن الحاضر خصم في ذلك ، وتقبل بينة المدعى على المدعَى على الحاضر بأنه اشترى من الغائب العبد الذى في يدى هذا الحاضر ، لأن نفس ما يُدعى على الحاضر (٣هو ما يثبت استحقاقه على الغائب . وكذلك في مسئلتنا تُقبل بينة المدعى على الحاضر٣) بالمال كله ويكون نصفه مما كان عليه في الأصل ، ونصفه مما يثبت عليه من جهة الكفالة بإذن صاحبه . وأيضاً فإن هذه الكفالة لا تثبت على الحاضر إلا وهى موجبة له الرجوع على الغائب (٤ فيكون الحق الذى يثبت على الحاضر موجباً للحق على الغائب فيكون الحاضر خصما عن الغائب٤) . وأما إذا كانت الكفالة بغير أمر(٥) المكفول عنه فإن المال الذى يثبت على الكفيل ليس هو ثابت على المكفول عنه ، لأنه بإقراره يثبت لا بثبوت المال على صاحب الأصل . ألا ترى أن الكفيل ها هنا إذا ملك ما في ذمته لا يرجع على صاحب الأصل ؟ فلو جعلناه خصما عن الغائب كان كفيلا عنه ووجب له الرجوع عليه بما أدى ، فتكون هذه الكفالة غير الأولى التى لزمته بإقراره ، إذ تلك لم توجب له الرجوع ، وهذه توجب له الرجوع ، إذا أثبتنا على الغائب . فلا يجوز لنا أن نجعله خصما عن الغائب ، ويكون الذى يثبت على الحاضر هو ثابت بإقراره ، غير موجب له الرجوع على صاحب الأصل .

---

(١) ساقط من ل .

(٢) في الأصل : من .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ل : إذن .

قال : { ولو كان الأصل على الحاضر ، والغائب كفيلا ، كان الحكم على الحاضر خاصة } . وكذلك قال أبو يوسف فى الأمالى . وذلك //[ل ٢٦٠أ] لأن المال على الحاضر يجوز أن يثبت من غير ثبوته على الغائب ، إذ الغائب هو الكفيل ، والمال يجوز أن [يُعدّى][٦] عن الكفالة . فإذا كان كذلك لم يكن إثبات المال الأصل على الحاضر إثباتاً على الكفيل الغائب ، إذ يجوز أن ينفرد الأصل عن ضمان الكفالة . ولا يشبه هذا الفصل الأول إذا كان الحاضر هو الكفيل بأمر الغائب من قِبل أن المال لا يثبت على الكفيل إلا بثبوته على المكفول عنه . فإذا كان كذلك وهو لا يقدر أن يتوصل إلى إثبات المال على الحاضر إلا بإثباته على الغائب ، وثبوته على هذا الوجه على الحاضر بما يوجب الرجوع على الغائب بما أدّى[٧] ، صار نفس ما يدعى على الحاضر كأنه من الحقوق التى تثبت على الغائب . فلذلك أثبتنا المال على الكفيل وعلى صاحب الأصل //[ف ٢١٠ أ] فى الفصل الأول ، وها هنا لم يثبت إلا على الحاضر .

889 قال : { ولو أن شاهدين شهدا عند قاض لرجل فقالا : نشهد أن قاضياً من القضاة أشهدنا أنه قضى لهذا الرجل على هذا بألف درهم ، أو غير ذلك من الحقوق ، ولم يسمّوا القاضى ، لم ينفذ القاضى هذه الشهادة } ، لأن القاضى يقضى بقضائه فإذا كان مجهولا مُنع قضاء القاضى بشهادة شهود على ذلك القضاء ، كما أن جهالة شهود الأصل تمنع قضاء القاضى [بشهادة][١] شاهدى الدين اللذين شهدا على شهادتهما . وكما أن المقضى به إذا كان مجهولا لم يجز للقاضى أن يقضى به ، كذلك جهالة القاضى الذى قضى للمدعى بالشهادة الواقعة على ذلك .

---

(٦) فى الأصل : يعزى .   (٧) ل : إذا .

889 (١) فى الأصل : فشهادة .

890 قال : { وقال محمد : لو أن رجلا قدّم رجلا إلى القاضى فادعى عليه وعلى رجل غائب ألف درهم ، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه له بها ، فأقام على ذلك بينة ، إنه يحكم له على الحاضر بألف درهم } . وذلك لما بينا أن الكفالة إذا كانت بإذن المكفول عنه فالحاضر خصم عن الغائب . كذلك ها هنا يكون الكفيل خصما عن الغائب فى الخمسمائة التى كفل عنه بها ، وأما الخمسمائة الأخرى فهى عليه خاصة ، فيؤخذ بها ، فصار مأخوذاً بالألف كلها .

قال : { فإن قدم الغائب قبل أن يؤديها[1] الحاضر لم يأخذه[2] إلا بالخمسائة { // [ل ٢٦٠ ب] ، يعنى الغائب ، من قِبل أن كفالة الغائب عن الحاضر لم تثبت بالبينة التى أقامها المدعى على الحاضر لما بينا فلا تثبت كفالته عن الحاضر إلا بإعادة البينة عليه إذ لم يكن الحاضر خصما عنه فى إثبات المال الذى يلزمه من خاص نفسه ومن الكفالة عن الغائب . وأما الغائب فليس عليه إلا النصف الذى كان عليه فى الأصل .

891 مسـألة

قال : { ولو أحضر رجلا فقال : لى على فلان الغائب ألف درهم ، وهذا ورجل غائب يقال[1] له فلان كفيلان لى بها عنه ، على أن كل واحد منهما كفيل وضامن عن صاحبه بذلك ، فإنه يحكم له على هذا بألف درهم . فإن حضر الكفيل الغائب كان ذلك حكما عليه أيضاً بالألف كلها } . وذلك لما بينا أن المدعى إذا ادعى على الحاضر أنه كفيل عن الغائب بأمره بألف درهم كان الحاضر خصما عن الغائب ، من قِبل أن المال الذى ثبت على الحاضر هو

---

890 (١) ل : يؤخذ بها . (٢) ل : يؤخذ .

891 (١) ل : فقال .

نفس ما ثبت على الغائب ، إذ بأمره ثبت وبه وجب له الرجوع . فإذا كان كذلك والحاضر كفيل عن صاحب الأصل وعن الكفيل الآخر بما عليه[٢] ، فيكون خصما عنهما جميعاً .

892 باب الرجوع عن الشهادة على الشهادة

الأصل فى هذا أن الشاهدين اللذين شهدا عند القاضى إذا رجعا عن الشهادة وجب ضمان المال المستحق // [ف ٢١٠ ب] بشهادتهما فى قولهم جميعاً . وأما رجوع شاهدى الأصل فعلى الخلاف : قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يضمنان شيئاً ، وقال محمد : يضمنان ما استحق بشهادة الشاهدين اللذين شهدا على شهادتهما . أما رجوع الآخرين فإنما يجب به الضمان عليهما لأنهما قد أتلفا على المشهود عليه ما استحق بشهادتهما ، إذ الحاكم إنما يحكم بشهادتهما ، ويؤمر بدفع المال إلى المشهود له لأجل الشهادة . فوجب أن يكون الضمان عليهما . وأما رجوع شاهدى الأصل دون الآخرين فإنما لم يتعلق به ضمان عند أبى حنيفة لأن شهادتهما لم توجب حكما ، إذ الشهادة لا تثبت // [ل ٢٦١ أ] حكما إلا عند القاضى . فإذا كان كذلك فوجد قولهما وعدمه سواء ، إذ لم يتعلق به الحكم وإنما تعلق الحكم بشهادة الآخرين ، وهما جعلا ذلك القول شهادة ، فلا يلزم الأولين شىء . وأما محمد فإنه يقول : لو لم يشهد شاهدا الأصل لم تكن شهادة هذين شهادة توجب[٣] قطع الحكم بها ، وإنما بشهادة الأولين يحكم بالحق . ألا ترى أنهما لو ارتدا أو خرجا من العدالة لم يحكم بذلك الحق؟ فقد بان لك أن الاعتبار بشهادة شاهدى الأصل . والجواب عن هذا أن الحكم وإن لم يجب قطعه بشهادة هذين إلا أن تثبت شهادة شاهدى الأصل ، فإن ذلك يوجب أن يكون ذلك الحكم وقع بشهادة شاهدى الأصل وبها استحق

---

(٢) ساقط من ل .   (٣) ل : توجب .

المسائل : ألا ترى أن شاهدين لو شهدا على إقرار المطلوب كان الحكم يتعلق بشهادة هذين وإن كان القاضى يثبت إقرار المقر أولا بشهادة الشهود ، ومع ذلك لو رجعا عن الشهادة كان الضمان يلزمهما دون المقرّ . كذلك فى مسئلتنا الحكم يقع بشهادة الآخرين وإن كان القاضى لا يقضى بشهادتهما مع بطلان شهادة الأولين . وذكر الخصاف فى هذه المسئلة ما استنكره الشيخ وقال : هذه المسئلة فى الجامع الكبير على التفصيل الذى بينا . وبقية الباب مسائل مشهورة ليس فيها كلام ، كرهنا ذكرها .

893 باب البراءة والشهادة عليها

الأصل فى هذا الباب أن قول الإنسان ودعواه محمول على الصحة ولا يجوز حمله على الكذب ما لم يتيقن كذبه ، لأن أمور المسلمين محمولة على هذا . فإذا كان كذلك فالمدعى عليه إذا أنكر دعوى المدعى وقال : ما لك علىّ شىء ، أو قال : لم يكن له علىّ شىء قط ، فأقام الطالب البينة على ثبوت حقه ، ثم إن المدعى عليه أقام البينة على أن الطالب قد أبرأه من كل حق// [ل ٢٦١ب] قبله أو أنه قد أوفى حقه ، لم يكن إنكاره مُبدّياً إكذاباً لبينة من قبل أن قوله // [ف ٢١١ أ] : لم يكن له عليه شىء ، يجوز أن يكون صادقا ولم يكن له عليه شىء ، إلا أنه دفع ما لا يُسقط عن نفسه دعوى الطالب وخصومته ، وكذلك دفع إليه ما لا يبرئه من الخصومة فأبرأه من كل دعوى قبله وأن لم يكن له شىء . وكذلك لو كان الدعوى فى دم عمد ورق فأنكر المدعى عليه ذلك، فأقام المدعى البينة على القتل وعلى الرق ، ثم جاء المدعى على بينة أقامها أنه قد أبرأه من الدم وأنه أعتقه أو كاتبه ، يعنى فى الرق ، فإن القاضى يقبل بينة المدعى عليه لأنه يُحتمل أن يكون المدعى عليه قاتلا ، إلا أن الطالب ادعى عليه القتل وسأله أن يبرأه من دعواه وخصومته ، أو دفع إليه[1] مالا على البراءة ، ففعل ذلك ، فإن

893 (١) ف : عليه .

البراءة جائزة وإنكاره فى الابتداء صحيح . وكذلك يجوز أنه لم يكن عبداً له، إلا أنه لما ادعى عليه الرق أراد أن يسقط عن نفسه خصومته ، فافتدى الخصومة بمال دُفع على أن يعتقه ، وإن لم يكن ذلك عتقاً فى الحقيقة ، أو على أن يكاتبه وإن لم تكن تلك الكتابة[٢] كتابة فى الحقيقة . فلما أدى الكتابة لم يكن له عليه سبيل ، فشهدت البينة على الظاهر من أمره أنه كان مكاتَباً له ، فأدى الكتابة وعتق ، فتقبل شهادتهما على ذلك . وليس هذا كقوله : لا أعرف هذا المدعى فأقام المدعى البينة على حقه ، ثم أراد المدعى عليه أن يقيم البينة بعد ذلك على البراءة والإيفاء لم تقبل بينته على ذلك من قبل أن قوله الأول إكذاب لبينته على أنه قد أبرأه من الحق أو أنه أوفاه حقه ، إذ قد اعترف أنه لا يعرفه أصلا . فكيف يجوز أن يقيم البينة على أنه قد أبرأه وهو معترف بأنه لا يعرفه ولا جرى بينه وبينه كلام ولا غيره ؟

قلت للشيخ : فالمعرفة قد تكون بوجه وقد تكون بالإسم ، فيجوز أن يكون مراده بقوله : لا أعرفه ، أى لا أعرفه بوجه لو رآه إلا كان بينهما[٣] . فإذا احتُمل هذا وجب أن لا يكون قوله : لا أعرفه ، إكذاباً لبينته على البراءة ، فحرِدَ علىّ ولم يُجب عن هذا بشىء // [ل ٢٦٢ أ] ، وهذا لازم على ما بقى[٤] عليه المسائل .

894 مسألة

قال : ولو ادّعى شراء جارية من رجل وأراد ردّها بعيب فجحده البائع وقال : لم أبعك ، فأتى المشترى بشهود أنه ابتاعها وهى عوراء ، فأقام البائع

---

(٢) ساقط من ف .

(٣) المعنى هنا غير واضح ولعل بعض الكلمات سقطت .

(٤) ف : بينا .

البينة أنه قد برىء إليه من العور فإن أبا حنيفة قال فى هذا : لا أقبل بينته على البراءة وقال أبو يوسف : أقبل ذلك { . لأبى حنيفة أن الرد بالعيب لا يثبت حكمه إلا بالبيع ، فإذا قال : لم أبعك ، فقد كذب بينته على أنه قد أبرىء المشترى من العيب . وأما أبو يوسف فإنه قال : الرد بالعيب حكم غير البيع ، فإنكاره للبيع لا يوجب تكذيباً لبينته على [ف ٢١١ب] البراءة إذ هما حكمان مختلفان. والجواب أن هذا وإن كان كذلك فالبراءة من العيب لا تثبت فى غير البيع ، فإنكاره للبيع يوجب إكذاباً لبينته على البراءة . ولأبى يوسف أيضاً أنه يُحتمل أنه لم يبع منه شيئاً إلا أنه لمـّا ادعى عليه ذلك طلب منه البراءة فأبرأه من العور .

895 باب من دعوى الرجلين

الأصل فى هذا الباب أن البينة تُقبل على إثبات اليد كما تُقبل على إثبات الملك لأن كل واحد منهما حق للمدعى . فإذا كان كذلك فالرجلان إذا تنازعا إلى القاضى فى دار أو أرض أو شىء من العقار ، فقال كل واحد منهما : هذا الشىء لى وفى يدى ، فإن القاضى يأمر كل واحد منهما أن يحضر البينة على أن ذلك فى يده. فإن أتيا جميعاً بالبينة فشهود كل واحد منهما أنه فى يده ، إن القاضى يُقر ذلك فى أيديهما ، كما أنهما لو شهدا على الملك ترك ملكه لهما نصفين ، وإن كان فى المعنى يحكم لكل واحد منهما بالنصف الذى فى يدى صاحبه .

قال : { ولو أقام أحدهما البينة أنها له ، وأقام الآخر البينة أنها فى يده ، فإن صاحب الملك أولى { ، من قِبل أن الملك يستحق به ابتداء ، واليد لا يستحق // [ل ٢٦٢ ب] بها الملك فإذا كان كذلك فصاحب الملك أقام البينة على إثبات (١) الملك لنفسه وإزالة يد صاحبه ، وصاحب اليد إنما أقام البينة على إثبات (١) اليد حسب ، ولم يقم البينة على إزالة ملك صاحب الدار ، فتكون

895 (١) ساقط من ل .

بينة صاحب الملك أولى . { ولو اقام أحدهما البينة أنه كان فى يده أمس أو من سنة أو شهر، وأقام الآخر البينة أنه فى يده الساعة، كانت بينة صاحب اليد أولى}، من قبل أن هذه يد مشاهدة فى الحال ، واليد الثابتة فى الحال لا يجوز إزالتها بيد يثبتها[٢] من جهة الحكم . وليس هذا كالملك ؛ لو أقام أحدهما البينة أنه له منذ شهر وأقام الآخر البينة أنه ملكه فى الحال، كانت بينة الوقت الأول[٣] أولى . وقال أيضاً : { لو أقام أحدهما البينة أنها كانت فى يده منذ شهر، والآخر أقام البينة أنها كانت فى يده منذ جمعة ، فإن القاضى يقرها فى يدى صاحب الجمعة، ولم يجعلها فى يدى صاحب الشهر } كما قلنا فى الملك إن صاحب الوقت الأول أولى . والأصل فى هذا كله أن الملك المشاهد يستحق بالبينة ، واليد المشاهدة لا تُزال ببينة تثبت يداً أخرى من جهة الحكم . وقد بينا هذا الأصل فى كتاب الدعوى . فإذا كان كذلك ففى مسئلتنا صاحب اليد فى الحال يده ثابتة وصاحب الوقت أقام البينة على أنها كانت فى يده قبل ذلك . فلا يجوز إزالة هذه اليد الثابتة بيد يثبتها من جهة الحكم . وكذلك صاحب الجمعة وصاحب الشهر. صاحب الجمعة أثبت يده على الدار فلا // [ف ٢١٢ أ] يجوز إزالة هذه اليد بيد يثبتها قبلها من جهة الحكم . أما الملك فليس كذلك لأن صاحب الوقت الأول قد أثبت لنفسه ملك الدار منذ شهر ، وصاحب الجمعة أقام البينة أنها له منذ جمعة ، فهو المدعى استحقاق ملك الدار على صاحبه ، إذ فى بينة صاحبه أن الدار له منذ شهر . فإذا كان كذلك فعلى صاحب الجمعة أن يبين جهة الملك التى بها استحق ملك الدار على صاحب الشهر [٤] وإلا لم تقبل بينته على استحقاق الدار على صاحب الشهر[٤] . ونظير الملك فى مسئلتنا أن يقول صاحب الشهر . إن الدار فى يدى منذ شهر ، ولا يقول : إنها كانت فى يدى منذ شهر . وليست هذه المسئلة معنا . فينبغى أن لا تكون بينة صاحب الجمعة // [ل٢٦٣ أ] أولى إذا

---

(٢) أى صاحب اليد السابق .

(٣) ساقط من ل . (٤) ساقط من ل .

كان الأمر على ما قلنا من قبل أن صاحب الشهر أقام البينة أن الدار فى يده من مدة شهر ، وأقام صاحب الجمعة أنها فى يده منذ جمعة ، لأنهما جميعاً قد أقاما البينة على إثبات اليد فى الحال وإن كان أحدهما قد ثبتت يده عليه منذ شهر والآخر منذ جمعة ، وأن تكون بينة صاحب الشهر أولى لأن صاحب الجمعة يدعى ثبوت اليد على الدار منذ جمعة (٥ بعد ثبوت يد صاحب الشهر عليها فصار كأنه يدعى استحقاق تلك اليد منذ جمعة٥) . وأما مسئلة الكتاب فإن صاحب الشهر إنما أقام البينة على أن الدار كانت فى يده منذ شهر ، وليس معه أنها فى يده منذ جمعة . وصاحبه قد أقام البينة أنها كانت فى يده منذ جمعة . فأثبت هذه اليد لأنها بعد يد صاحبه . وليس فى لفظ صاحبه ما ينافى هذه البينة إذ لم يشهدوا بأنها كانت فى يده منذ جمعة . فلذلك كان صاحب الجمعة أولى

باليد على الدار .

{ قال أبو حنيفة فى رجل فى يده دار ادعاها رجل وأقام شاهدين أنها كانت فى يده ، إنى لا أقبل ذلك { من قبل أن هذه يد مشاهدة متيقنة ، فلا يجوز إبطالها بيد يثبتها من جهة الحكم .

قال : { ولو أقر صاحب اليد بأنها كانت فى يدى الخارج أو أقام الخارج البينة على إقراره بذلك فإنه يحكم باليد للخارج { .

896 باب الغرماء يشهد بعضهم لبعض والموصى لهم

قال أبو بكر الخصاف : { ولو أن رجلا مات وترك ورثة وترك مالا ، فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ، وشهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فإن أبا حنيفة وابن أبى ليلى وأبا يوسف قالوا : الشهادة

---

(٥) ساقط من ل . (٦) ل : اليد .

باطلة . وروى محمد فى الجامع الكبير عن أبى حنيفة أن الشهادة جائزة //
[ف٢١٢ ب] وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنهم إن جاؤوا جميعاً
فالشهادة باطلة ، وإن شهد اثنان لاثنين فقبـلَ شهادتهما ، ثم ادعى الشاهدان
على الميت ألف درهم ، فشهد لهما الغريمان الأولان فشهادتهما جائزة } .

قال : // [ل ٢٦٣ ب] ألا ترى أن الميت لو لم يترك إلا ألف درهم ،
إنهم يتخاصمون فتكون بينهما ؟ ألا ترى أن أحد الفريقين لو حضر فأعطاهم
القاضى نصف الألف التى ترك الميت ووقف النصف الآخر للفريق الآخر ،
فضاع هذا النصف ، ثم جاء الفريق الآخر ، إن لهم أن يشاركوا أولئك
فيما قبضوا ، فيأخذوا منهم نصف ما فى أيديهم ؟ وكذلك شهادة الغرماء كلهم
بعضاً لبعض فى مثل هذا باطل إذا كانت تقع بينهم شركة ، يعنى على رواية
الحسن ، وهو قول أبى يوسف . وأما المشهور عن أبى حنيفة أن شهادة بعضهم
لبعض لا تبطل . والدليل على هذا اتفاقهم جميعاً على أن المطلوب لو كان حياً
والمسئلة بحالها ، كانت شهادة كل فريق منهم للفريق الآخر جائزة على إثبات
الدين على المطلوب . وجب أن تكون مسئلتنا كذلك . والمعنى الجامع بينهما
أن المال يثبت فى الوجهين جميعاً أولا فى ذمة المطلوب وإن كان فى حال موته
يؤخذ من التركة لبطلان الذمة . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن المطلوب
إذا كان ميتاً فالدين الذى يثبت يتعين فى التركة . فصار كل واحد منهما ، من
الفريقين ، قد شهد بثبوت الشركة فى عين التركة لصاحبه ، فلا يجوز كما لا يجوز
لأحد الشريكين أن يشهد لصاحب بثبوت الدين على غيره . والمعنى الجامع
بينهما أن المستحق من الدين يكون بينهما فى الوجهين جميعاً . والجواب أن
هذا مفارق للشريكين لأن أحد الشريكين إذا شهد لصاحبه بالدين فهو شاهد
لنفسه لأنه يُثبت بشهادته ديناً له ولصاحبه ، فلهذه العلة لم يجز . وأما فى
مسئلتنا فإن أحد الفريقين لم يثبت لنفسه حقاً فى عين التركة وإنما أثبت حق
صاحبه ، وصاحبه أثبت له حقاً فلا يمنع ذلك صحة الشهادة ، وإن كانا مشتركين

فى استحقاق العين بالدين ، كما أنهما لو شهد كل فريق لصاحبه بالدين على المريض ثم مات إنهما يشتركان فى عين التركة وإن لم يكن وجود الاشتراك مانعاً من قبول بينة كل واحد منهما على المطلوب لصاحبه . كذلك هذا .

897 فصـــل

{ ولو كان أحد الفريقين شهد لصاحبه أن الميت غصب منه هذا العبد الذى فى يدى ورثته وشهد // [ل ٢٦٤ أ] الفريق الآخر على الميت بدين ألف درهم فإن هذا جائز فى قولهم جميعاً } من قِبل أن معنى الشركة معدوم ها هنا ، إذ مدعى العبد لا حق له فى الدين // [ف ٢١٣ أ] ، ومدعى الدين لا حق له فى العبد عند الاستحقاق . وذلك [أنهما حقان وليس بينهما اشتراك][١] . فإن شهادة كل فريق لصاحبه جائزة من قِبل أن المانع من جواز شهادة أحد الفريقين للآخر على قول أبى يوسف أيضاً هو وجود الشركة على ما بينا . ومعنى الاشتراك معدوم ها هنا فيجوز .

898 مسـألة

قال : { ولو أن رجلا مات فادعى رجلان أنه أوصى لهما بالثلث ، وأقاما على ذلك شاهدين . وادعى الشاهدان أن الميت أوصى لهما بالثلث فشهد لهما ذانك الرجلان بما ادعيا من الوصية على الميت ، فإن شهادة كل واحد منهما للفريق الآخر باطلة } من قِبل أن الوصية[١] لا تثبت فى الذمة وإنما تثبت فى عين . فصار كل فريق يشهد لنفسه ولصاحبه بملك ثلث العين ، إذ ثلث العين لهما على وجه الاشتراك ، فلا يجوز كما لا تجوز شهادة الشريكين . وليست

---

897 (١) فى الأصل : وذلك حقين الموجب بينهما اشتراك . ولا يستقيم المعنى بدون ما أثبتناه .

898 (١) ف : الوصف .

الوصية في هذا كالدين على قول أبي حنيفة من قِبل أن الوصية تثبت في عين لا في الذمة ، والدين يثبت في الذمة ثم يُستوفى من العين . وثبوت هذا في ذمة المطلوب لا يمنع ثبوت دين الشاهدين ، فيثبت الدينان جميعاً كما قلنا في حال حياة المطلوب ، ثم يُستوفيان من التركة لبطلان الذمة .

899 فصـــل

{ ولو كان أحد الفريقين ادعى وصية عبد بعينه أو غير ذلك من الأعيان ، وادعى الآخر وصيّة عبد آخر ، فهذا جائز } لعدم الاشتراك بينهما في الاستحقاق .

قال : { ولو ادعى أحدهما وصية عبد والآخر وصية بالثلث لم يجز } لأن صاحب الثلث شريكه في العين فلا يجوز . وفرّق الخصاف بين حال حياة المطلوب وبين موته : إن المطلوب لو قضى من ماله ألف درهم بعض غرمائه ، ثم جاء آخر وادعى عليه ألفاً أخرى فصدقه بذلك القابض للألف لم يلزمه شيء بذلك . ولو كان مثل هذا بعد موت المطلوب على أن الغريم//[ل٢٦٤ب] قبض الألف من الورثة قضاء بدينه[1] أن يقاسم الألف مع المقر له بقدر ديونهما . فأراد بهذا أن يبين أن الدين بعد الموت يوجب الاشتراك ، وقبل الموت لا يوجب . فلهذا لم تجز شهادة كل فريق لصاحبه بعد موته على قول أبي يوسف ، وجازت قبل موته .

900 قال : { ولو أن رجلين ادعيا على ميت ألف درهم فشهد بذلك رجلان وحكم لهما الحاكم بها أو لم يحكم ، حتى ادعى رجلان آخران غير الشاهدين على الميت ألف درهم ، فشهد لهما الفريقان اللذان أقاما البينة أن لهما

---

899 (١) ساقط هنا بعض الكلمات من الأصل إذ المعنى غامض مضطرب .

على الميت ألف درهم فشهادتهما جائزة } . وهذا بلا خلاف لأن المشهود لها شهدا ها هنا لرجلين أجنبيين ليس بينهما عُلـقـة فلا يمنع صحة شهادتهما لها .

قال الخصاف : { وأصل هذا أن كل حق يثبت للشاهدين بشهادة غير[١] من شهدا له [٢]فهو جائز ، وكل حق يثبت للشاهدين بشهادة مَن شهدا [٢] له فإنه على // [ف ٢١٣ ب] وجهين : إن كان يقع فى شىء من الشهادة شركة فى مال الميت فالشهادة كلها باطل } . وهذا على الخلاف الذى بينا .

قال : { فان كان لا يقع فى ذلك شركة فالشهادة جائزة } . وهذا على ما بينا من الخلاف وقول أبى يوسف ورواية الحسن .

قال : { وقال أبو يوسف : وإن كانت الشهادة لا يقع فيها شركة فإنه لا يجوز فى هذا إلا شهادة العدول والثقات } .

901 مســـألة

{ ولو أن رجلين شهدا لرجل أنه ابن الميت ثم شهد الإبن ورجل للشاهدين[١] على الميت بدين ألف درهم ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : الشهادة كلها باطلة } فى قولهم جميعاً من قِبل أن الغريمين يشهدان بإثبات نسب الإبن[٢] ليكون خصما لهما فى اثبات الدين ، فلا تجوز شهادتهما فى إثبات الخصم لأنفسهما . فإذا لم تجز شهادتهما فى إثبات النسب لم يثبت النسب ، فلا تجوز شهادة الإبن بعد ذلك لهما بدين الميت إذ لم يكن هناك خصم عن الميت . { وإن كان القاضى قد قضى بالنسب // [ل ٢٦٥ أ] أولا ثم شهد الإبن مع غيره للشهود بالدين جاز هذا } ، من قِبل أن شهادتهما قد وقع الحكم

---

900 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ل .

901 (١) ل : للشاهد . (٢) ل : الأولين .

بها ، ولم يكن فى شهادتهما إثبات خصم لأنفسهما . فإذا وقع الحكم بها على النسب يثبت النسب ، وإذا ثبت النسب غير متعلّق بشيء جاز بعد ذلك شهادة الإبن لهما بالدين ، كالإبن المعروف إذا أقر للغرماء بالدين على الميت .

902 باب شاهد الزور وما يُصنع به

ذكر { حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أقام شاهد زور عشية فى إزار يشلّب(١) نفسه ، وحديث شريح أنه كان يبعث شاهد الزور إلى مسجد قومه أو إلى سوقه . وفى بعض الأخبار أنه ضرب شاهد زور حقفات(٢) ونزع عمامته عن رأسه . وعن عمر بن عبد العزيز أنه ضربه سبعين سوطاً . وعن الزهرىّ أنه قال : يُعزّر . وعن الشعبى أنه قال : أمر خفيف ، يُضرب ما دون الأربعين . وعن شريح أنه قال : إذا اتهم الشاهد لم يسأله عن شيء يُقوّم(٣) } . وهذا على ما ذكره من خلاف السلف(٤) فى شاهد زور ، بعضهم قد أوجبوا الضرب على وجه وبعضهم لم يوجبوا . ومذهب أبى حنيفة فى هذا أنه لا يُعزر ولكن يُعرّف للناس ويُشهّر ويُنادى عليه فى قبيلته أو فى سوقه ويحذر الناس منه .

قال الشيخ : وهذا إذا كان قد تاب . فأما إذا لم يكن تاب ويقول : إنى شهدت بالزور وأنا على ذلك ، فإن هذا ينبغى أن يعزره . وأما عند أبى يوسف ومحمد : يعزر : يضرب أسواط وينادى عليه ويشهر على ما بينا .

قال : { لعل غيره يتعظ به } . لأبى حنيفة أن قوله : إنى شهدت بالزور توبة وندماً على ما فعل إذا لم يكن مصرّاً عليه ، والتائب لا يجب عليه التعزير

---

902 (١) كذا فى الأصل . ولعل المعنى : يهزأ منه .

(٢) لعل المعنى : ضربه وهو منحنٍ .

(٣) كذا فى الأصل . (٤) ساقط من ل .

لأنّا لو أوجبناه أوجبناه لتوبته(٥) // [ل ٢٦٥ ب] . فأما إذا كان مصراً على ذلك فإنه يعزر لأن فى ذلك اجتراءً على ارتكاب المعاصى وإتلاف حقوق الناس بشهادته . وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما قالا : يجب التعزير بنفس الشهادة بالزور لأنه كذّب نفسه ، ونفس الشهادة قد وقع على البطلان وإتلاف حق الآدميين بها ، فصار مستحقاً للتعزير بذلك عند إكذاب نفسه . والجواب أن التوبة قد أسقطت ذلك ، فينبغى أن لا تعزير عليه .

903 باب فى المرأة تخاصم زوجها فى ولدها منه وقد طلّقها

قال أبو بكر الخصاف : { ولو أن امرأة معها ولدها صغير قدّمت رجلا إلى القاضى فقالت : هذا كان زوجى فطلّقنى ، وهذا ابنى منه ، فمُرْه بالنفقة عليه ، فقال الرجل : هذا ابنى منها وقد طلقتها وقد تزوّجَتْ ، وأنا أولى بالصبىّ منها ، فسألها القاضى عن ذلك ، فقالت : ما تزوّجتُ ، فالقول قولها فى ذلك } ، من قِبل أنهما قد تصادقا على ثبوت الحضانة فى الابتداء ، إذ قد اتفقا على ثبوت نسب الولد منها ، وأن النكاح فيما بينهما قد بطل ، وادعى الزوج أنها قد تزوجت وبطل حق الحضانة لها ، وأنه(١) ثابت ما لم يثبت نكاحها من غيره .

قال : { فإن أراد يمينها على ذلك استُحلفت له ، فإن حلفت أقره القاضى معها وفرض على الزوج نفقة الصبى . وإن نكلت عن اليمين دفع الصبى إلى أبيه } ، وذلك أن حق الحضانة هو لها ، ويجوز إسقاطه بفعلها من جهة الحكم .

---

(٥) مزيد فى ل ، ج : وهذا لا يجوز .

903 (١) أى حقها فى الحضانة .

الاترى أنها لو اعترفت أنها تزوجت أو فعلت ما يمنع حق الحضانة لم يكن لها أخذ الولد . فكذلك ها هنا ، أن تحلف على دعوى الرجل لأن المحلوف عليه مما يجوز بذله من جهة الحكم . ليس هذا ، على قول أبي حنيفة ، كسائر الأشياء التي لا يحلف عليها لأن تلك مما لا يصح بذلها من جهة الحكم . وهذا مما يصح بذله[٢] . فلذلك افترقا . فإن حلفت برئت من دعوى الرجل، ويكون لها إمساك الولد // [ل ٢٦٦ أ] ونفقته ، وإن نكلت عن اليمين أخذ الرجلُ الولدَ منها لأن حق الحضانة لها قد بطل ، فالرجل أخذ الولد .

قال : { وإن قالت المرأة : قد كنت تزوجت رجلا فطلقني ، أو : مات عني وليس لى اليوم زوج ، فالقول قولها فى ذلك } ، لأن حق الحضانة الثانى قد ثبت بتصادقهما ، فلا يبطل إلا بإثبات حق يمنع الحضانة . ونكاحها لرجل مجهول هو حق لغير معين . وحقوق بنى آدم لا تثبت لغير معين ، فلا يبطل حق الحضانة لها إذا كانت مدّعية فى الحال أن لها حق الحضانة . ولو قالت فى الحال إنها مزوّجة بطل حق الحضانة [بإقرارها][٣] فى الحال أنه ليس لها حق الحضانة ، لا لمعنى آخر .

قال : { وإن كان الزوج الذى أقرّ له بنكاحها منه رجلا معروفاً ، وادعت أنه طلّقها ، وجحد الأب ذلك ، فالقول قوله } من قِبل أن حق النكاح قد ثبت للمُقَرّ له بالنكاح ، إذ هو بعينه ، وحقوق بنى آدم تثبت لمعيّن . فلا تُصدّق المرأة على إبطال النكاح بينها وبين المقَر له بعد ما ثبت . فلا يجب لها حق الإمساك // [ف ٢١٤ ب] . وليس هذا كالباب الأول لأن هناك لم يثبت حق النكاح للمُقَر له ، إذ هو مجهول ، والإقرار بالحق لغير معيّن لا يصح . فلذلك افترقا .

---

(٢) ساقط من ل .

(٣) فى الأصل : فاقرارها .

أبواب الكتاب

أبواب الكتاب

24 باب ما أبيح للقاضى من الاجتهاد وما ينبغى له أن يعمل به
33 باب الرجل يُبتلى بالقضاء ويدخل فيه
38 باب القاضى كيف يعمل فى قبض ديوان القاضى المعزول وكيف يعمل فى الإقرارات والمحاضر والسجلات
59 باب العمل فى الضياع والوقوف والمستغلات والدور التى فى أيدى الأمناء
70 باب ما يجب على القاضى من محاسبة أمنائه على ما فى أيديهم من الأموال
78 باب ما ينبغى للقاضى أن يتعرّف من بالبلد الذى وليه من العدول وأهل الثقة والأمانة
79 باب القاضى يقضى فى المسجد الجامع
101 باب القاضى يجلس معه غيره
103 باب ما للأمير أن يفعله دون القاضى
107 باب مشاورة القاضى
109 باب فى فصل الخطاب
110 باب خمس خصال
111 باب فى رزق القاضى
112 باب الرشوة فى الحكم والهدايا إلى العمّال والأمراء والرشوة لهم وغيرهم
122 باب تسليم القاضى على الخصوم

124 باب القاضى يولَّى قضاء بلد من البلدان فيأتيه رجل من أهل عمله فيقرّ عنده فى غير عمله بشيء أو يوكّل عنده رجلا فى غير عمله
130 باب اليمين
196 باب كيف يحلف أهل الإلحاد من اليهود والنصارى والمجوس وغيرهم
203 باب ما لا يجب فيه اليمين
211 باب اليمين على العلم
224 باب قبول البيّنة بعد اليمين
228 باب النكول عن اليمين
234 باب أخذ الكفيل
261 باب العدوى والإعذار
277 باب من لا يسأل عنه من الشهود
279 باب الحبس فى الدين وغيره
305 باب حجر الفساد
326 باب المسئلة عن الشهود
359 باب المدّعى عليه يعدّل الشهود
362 باب الملازمة فى الدين
363 باب من القضاء — ما ينبغى للقاضى أن يعمل به
379 باب القاضى يقضى بعلمه
382 باب القاضى تجد فى ديوانه شيئاً لا يحفظه
385 باب القاضى تُرفع إليه قضيّة مما ينبغى له أن ينفذها أو لا ينفذها
408 باب موت الخليفة وله قضاة أو عُزل وله قضاة
409 باب الخوارج يولّون قاضياً
410 باب استخلاف القاضى

415 باب القاضى يُعزل فيطالب بشىء مما كان فعله وهو قاض
416 باب خطأ الحاكم
417 باب القاضى يقضى بالقضاء ثمّ يرى بعد ذلك خلافه
420 باب ما يُحلّه قضاء القاضى وما لا يحلّه
429 باب ما ينبغى للقاضى أن يضعه على يدى عدل إذا خوصم إليه فيه
437 باب الرجل يدّعى الشىء فى يدى غيره من العقار والعروض
452 باب الرجلين يدّعيان الشىء : كل واحد منهما يدّعيه كلّه ويقيم البينة أنه له ، وليس هو فى يد واحد منهما ، وما جاء من الأحاديث فى القرعة أو من أقرع ومن لم يقرع
457 باب الرجل يكون فى يده العبد أو الفرس فيدّعى رجل ذلك ويقيم بينة أنه له ويقيم الذى فى يده ذلك بينة أنه له
458 باب الرجل يدعى الشىء وأنّ أباه مات وتركه ميراثاً
470 باب القاضى لمن يجوز قضاؤه ولمن لا يجوز
472 باب ما يكون الرجل فيه خصماً وما لا يكون
474 باب كتاب القاضى إلى القاضى
498 باب ما لا ينبغى للقاضى أن يكتب به كتاباً
500 باب القاضى يرد عليه كتاب من قاض ما ينبغى له أن يعمل به
534 باب الرجل يريد أن يثبت وصيّته
561 باب الرجل يوصى إلى رجلين
566 باب الرجل يوصى إلى من لا تجوز الوصية له
575 باب ما لا يجوز من فعل الوصىّ أن يفعله فى مال اليتيم
582 باب ما يكون فيه قبول الوصية وما يكون ردًّا لها
584 باب فى إثبات الوكالة
602 باب الشهادة على الوكالة

609 باب ما لا تجوز فيه الوكالة
611 باب الرجل يريد سفراً وهو مطلوب فيوكل
621 باب إثبات النسب
627 باب إثبات الدين والحقوق على الميّت
640 باب الردّ بالعيب
652 باب الشفعة
673 باب الخصمين يحكّمان بينهما حكما
685 باب الإقرار بالمال عند القاضى فى مجلسين والشهادة على صكّين
693 باب الخصومة بين أهل الذمّة
701 باب القسمة وما ينبغى للقاضى أن يعمل فى قُسّامه وقسمتهم
711 باب دعوى بعض الورثة الغلط فى القسمة
714 باب نكاح الصغير
719 باب المطالبة بمهر المرأة وطلب الزوج امرأته وكيف الحكم فيه
732 باب التنّين والمجبوب
748 باب المجبوب والرتقاء
750 باب الرجل يغيب عن امرأته فتطلب امرأته النفقة
753 باب النفقة والكسوة
785 باب نفقة المطلّقة
788 باب نفقة الصبيان
793 باب النفقة على الأبوين وعلى ذى الرحم المحرّم
803 باب العبد يتزوّج وما يلزمه النفقة
804 باب امرأة المفقود وولده يطلبون النفقة من مال المفقود
806 باب نفقة المرأة : شهد شهود على طلاق زوجها لها وغير ذلك
814 باب الولد : مَن أولى به وعند مَن يكون

816 باب المرأة يطلّقها زوجها ولها منه ولد فتريد أن تخرج من المصر
818 باب الجارية والغلام إذا بلغا وتخييرهما

كتاب الشهادات وما يجوز منها وما لا يجوز

820 باب الرجل يشهد على نسب لم يدركه ولم يعرفه معرفة متقدّمة
825 باب الشهادة على الموت
826 باب الشهادة على العتق والطلاق والولاء
828 باب الشهادة على ملك لم يدركه ولم يعاين صاحبه
830 باب الرجل يرى اسمه وخطّه وخاتمه فى الكتاب ولا يذكر الشهادة
853 باب الشهادة على الشهادة
859 باب الشهادة فى الحدود ونحو ذلك
880 باب الرجوع عن الشهادات
881 باب الشهادة على الحقوق
892 باب الرجوع عن الشهادة على الشهادة
893 باب البراءة والشهادة عليها
895 باب من دعوى الرجلين
896 باب الغرماء يشهد بعضهم لبعض والموصى لهم
902 باب شاهد الزور وما يُصنع به
903 باب فى المرأة تخاصم زوجها فى ولدها منه وقد طلّقها

المصادر

ابن أبي الحديد ، عبد الحميد بن هبة الله
شرح نهج البلاغة ، تحقيق محمد أبي الفضل إبراهيم ، ٢٠ جزءاً ، القاهرة [١٩٥٩] - ١٩٦٤

ابن الأثير ، علي بن محمد بن عبد الكريم
أسد الغابة في معرفة الصحابة ، ٥ أجزاء ، القاهرة ١٩٦٤ .

ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي
لسان الميزان ، ٦ أجزاء ، حيدر آباد الدكن ١٩١١ — ١٩١٣

ابن حنبل ، أحمد
المسند ، ٦ أجزاء ، القاهرة ١٣١٣ ه .

ابن خلكان ، أحمد بن محمد بن أبي بكر
وفيات الأعيان ، تحقيق إحسان عباس ، ٨ أجزاء ، بيروت ١٩٦٨ — ١٩٧٢

ابن سعد ، محمد
كتاب الطبقات الكبير ، ٩ أجزاء ، ليدن ١٩٠٨ — ١٩٤٠

ابن شداد ، عز الدين محمد بن علي بن إبراهيم
الأعلاق الخطيرة في ذكر أمراء الشام والجزيرة ، تحقيق دومينيك سورديل ، دمشق ١٩٥٣

ابن العماد ، عبد الحي
شذرات الذهب ، ٨ أجزاء ، القاهرة ، ١٣٥١ ه

ابن فرحون ، إبراهيم بن محمد
تبصرة الحكام ، القاهرة ١٣٠٢ ه .

ابن قطلوبغا ، قاسم
تاج التراجم في طبقات الحنفية ، بغداد ١٩٦٢

ابن ماجة ، محمد بن يزيد
السنن ، جزءان ، القاهرة ١٣١٣ ه .

ابن منظور ، محمد بن مكرّم
لسان العرب ، ٢٠ جزءاً ، بولاق ١٨٨٣ — ١٨٩٠

ابن هشام ، عبد الملك
سيرة النبي ، القاهرة ١٩٣٧

أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني
السنن ، جزءان ، القاهرة ١٨٦٣

الإحكام في أصول الأحكام : أنظر الآمدي .

الأصبهاني ، علي بن الحسين
الأغاني ، ٢٠ جزءاً ، القاهرة ١٩٦٣ — ١٩٧٢ .

الأعلام : أنظر الزركلي .

الآمدى ، على بن أبى على بن محمد
الإحكام فى أصول الأحكام ، ٤ أجزاء ، القاهرة ١٩١٤

الباشا ، حسن
الألقاب الإسلامية، القاهرة ١٩٥٧

البخارى ، محمد بن اسماعيل ابن ابراهيم
الصحيح ، ٩ أجزاء ، القاهرة ، (محمد على صبيح ؟ ١٩)

بروكلمان ، كارل
Breckelmann, Carl,
Gesshichte der Arabischn Literatur
٥ أجزاء ، ليدن ١٩٣٧ — ١٩٤٩

البغدادى ، اسماعيل باشا
إيضاح المكنون فى الذيل على كشف الظنون ، استنبول ١٩٤٥

البغدادى ، اسماعيل باشا
هدية العارفين : أسماء المؤلفين وآثار المصنفين ، جزءان ، استانبول ١٩٥١

البغدادى ، الخطيب أحمد بن على
تاريخ بغداد ، ١٤ جزءاً ، القاهرة ١٩٣١

الترمذى ، محمد بن عيسى بن سورة
السنن ، ٥ أجزاء ، المدينة المنورة ١٩٦٥ — ١٩٦٧

الجاحظ ، عمرو بن بحر
البيان والتبيين ، تحقيق عبدالسلام هارون، ٤ أجزاء ، القاهرة ١٩٤٨

الجصاص ، أحمد بن على
أحكام القرآن ، تحقيق محمد الصادق قمحاوى ، ٥ أجزاء ، القاهرة ، لا تاريخ .

الجواليق ، موهوب بن أحمد
المعرّب من الكلام الأعجمى ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، القاهرة ، ١٣٦١ ﻫ

الجواهر المضية : أنظر ، القرشى ، عبد القادر بن محمد .

حاجى خليفة (ملا كاتب جلبى) ، مصطفى بن عبد الله
كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون ، جزءان ، استانبول ١٣١٠ ﻫ .

الدارمى، عبدالله بن عبدالرحمن بن الفضل
السنن ، جزءان، دمشق ١٣٤٩ ﻫ .

دوزى ، ر .
Dozy, R.
Supplèment aux Dictionnaires Arabes.
جزءان ، ليدن باريس ١٩٢٧

دى يونج ، ب ، ودى جويه ، م ، ج
De Jong, P. et De Goeje, M. J. Catalogus Codicum Orientalium Bibliothecae Academiae Lugduno Batavae, Volumen Quartvm, MDCCLXXVII.

الذهبى ، محمد بن أحمد
العبر فى خبر من غبر ، تحقيق صلاح الدين المنجد وفؤاد السيد ، ٥ أجزاء ، الكويت ١٩٦٠

الذهبى ، محمد بن أحمد بن عثمان
ميزان الاعتدال ، ٤ أجزاء ، القاهرة ١٩٦٣ — ١٩٦٤

الزركلى ، خير الدين
الأعلام ، الطبعة الثانية ، ١٠ أجزاء ، القاهرة ١٩٥٤ — ١٩٥٧

السرخسى ، محمد بن أحمد
المبسوط ، ٣٠ جزءاً ، القاهرة ١٩٠٦ — ١٩١٣

شاخت ، جوزيف
Schacht; Joseph
An Introduction to Islamic LaW, Oxford 1964.

الشافعى ، محمد بن إدريس
كتاب الأم ، ٧ أجزاء ، القاهرة ١٣٢٥ هـ .

الشوكانى ، محمد بن على
البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ، جزءان ، القاهرة ١٩٢٦

طاش كبرى زاده ، أحمد بن مصطفى
طبقات الفقهاء ، الموصل ، ١٩٥٤

الطبرى ، محمد بن جرير
جامع البيان عن تأويل آى القرآن ، تحقيق محمود وأحمد شاكر ، ٣٠ جزءاً ، القاهرة ١٩٥٤-١٩٦٨

الطرابلسى ، على بن خليل
معين الحكام ، القاهرة ١٣٠٠ هـ .

الغزى ، نجم الدين محمد بن محمد
الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة ، تحقيق جبرائيل سليمان جبور ، ٣ أجزاء ، بيروت ١٩٤٥ — ١٩٥٩

فنيان ، ى — E. Fagnan
Additions avx Dictionnaires Arabes Alger 1923.

الفهرست : أنظر ابن النديم

الفوائد البهية : أنظر اللكنوى

القرشى ، عبد القادر بن محمد
الجواهر المضية فى طبقات الحنفية ، جزآن ، حيدر آباد ١٣٣٢ هـ .

القيسى ، هيثم بن سليمان بن حمدون
أدب القاضى والقضاء ، تحقيق فرحات الدشراوى، تونس ١٩٧٠

كشف الظنون : أنظر حاجى خليفة (ملا كاتب جلبى) .

اللكنوى ، محمد عبد الحى
الفوائد البهية فى تراجم الحنفية ، القاهرة ١٣٢٤ هـ .

مالك بن أنس
المدونة الكبرى برواية سحنون ، ١٦ جزءاً ، القاهرة ١٣٢٣ هـ .

الماوردي ، على بن محمد بن حبيب
أدب القاضى ، تحقيق محى هلال السرحان ، جزءان ، بغداد ١٩٧١ — ١٩٧٢

المتقى ، علاء الدين على
كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال ، ١٣ جزءاً ، حيدر آباد الدكن ١٩٤٥ — ١٩٦٤

المرادى ، محمد خليل
سلك الدرر فى أعيان القرن الثانى عشر ، ٤ أجزاء ، القاهرة ١٣٥١ هـ .

المرتضى الزبيدى ، محمد بن محمد
تاج العروس ، ١٠ أجزاء ، بنغازى ١٩٦٦

مسلم بن الحجاج القشيرى
الصحيح ، ٨ أجزاء ، القاهرة ١٩٦٣

الموسوعة الإسلامية ، ٥ أجزاء ، ليدن ولندن ١٩٢٤

الموسوعة الإسلامية ، الطبعة الجديدة ، ٤ أجزاء ، ولم تكمل بعد ، ليدن ١٩٦٠

الموسوعة الإسلامية ، الطبعة التركية
Islaw Ansiklopedisi,
١١ جزءاً ، ولم تكمل بعد ، استانبول ١٩٦٥ — ١٩٧٠

النسائى ، أحمد بن شعيب
السنن ، ٨ أجزاء ، القاهرة ١٩٣٠

ونسنك ، أ . ى
المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوى ، ٧ أجزاء ، ليدن ١٩٣٦ — ١٩٦٩

أسماء : (أ) البلدان والأمكنة

(ب) المعـــارك

(ج) الســـجون

(د) القبائل والشعوب

(أ) البلدان والأمكنة

الأهواز 512
بانيقا 471
البصرة 79, 111, 279, 444, 502, 503, 512, 513, 514, 515, 523, 607, 721, 722, 731, 817, 861, 864.
بغداد 502, 503, 512, 721.
الحبشة 117
الحجاز 279
حضرموت 131
حمص 11
خراسان 469, 721
السواد 665
الشام 11, 111, 264
العراق 114, 823
فارس 513, 514, 515
الكوفة 111, 444, 469, 471, 513, 514, 515, 586, 588, 589, 607, 665, 721, 817, 823, 861, 864.
المدينة 79, 111, 861
مكة 111, 261, 469, 823
نجران 693, 697
همذان 523
اليمن 114

(ب) المعـــارك

ذو قار 3
يوم الجمل 470

(ج) السجون

مخيس : حبس لعلى	269	نافع : سم حبس لعلى	269

(د) القبائل والشعوب

بنو أسد	113	الدوم	474
بنو إسرائيل	452	العجم	474
بنو أمية	409	العرب	474
بنو تميم	262,362,523	الفرس	474
بنو سليم	112	قريش	79,111,261,845
جهينة	279	كندة	131
خيبر	116,211,362	الأنصار	673
الخوارج	409		

فهرست الأعـــــلام

ابراهيم النخعي 116,839,846, 880.

ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي من مذحج . من أكابر التابعين صلاحاً وصدق رواية . من أهل الكوفة . مات مختفياً من الحجاج [٩٦ ه ، ٧١٥ م]
الزركلي، الأعلام، ج١ ، ص٧٦ .

ابن أبي بريده 5,12

بلال بن أبي بردة عامر بن أبي موسى الأشعري أمير البصرة وقاضيها . ولاه خالد القسري سنة ١٠٩ ه . وعزله يوسف بن عمر الثقفي سنة ١٢٥ ه . وحبسه فمات سجيناً .
[١٢٦ ه ، ٧٤٤ م]
الزركلي ، الأعلام ، ٢ ، ج ص٤٩

ابن أبي حدرد 362

صحابي . روى عنه أبي بكر وعمر توفى سنة ٨١ ه ، ٦٩٠ م ، وهو يومئذ ابن إحدى وثمانين سنة .
ابن سعد ، الطبقات ، ج ٣ ص ص ٣١٠ — ٣١١

ابن أبي ليلى 341,379,709,896.

محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، يسار (وقيل داود) ابن بلال الانصاري الكوفي قاض فقيه من أصحاب الرأي . ولي القضاء والحكم بالكوفة لبني أمية ثم لبني العباس واستمر ٣٣ سنة . مات بالكوفة [١٤٨ ه ، ٧٦٥ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج٧ ، ص٦٠

ابن سماعة 92,277,380.

محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلال التميمي . حافظ للحديث ثقة . تجاوز المئة . ولي القضاء لهارون الرشيد وكان يقول بالرأي على مذهب أبي حنيفة . وصنف كتباً منها : أدب القاضي والمحاضر والسجلات ، والنوادر عن أبي يوسف . [توفى ٢٣٣ ه ، ٨٤٧ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٧ ، ص ٢٣ — ٢٤

ابن سيرين 103,111,379.

محمد بن سيرين البصري، الأنصاري بالولاء . تابعي . إمام وقته في علوم الدين بالبصرة . روى الحديث واستكتبه أنس بن مالك بفارس .
[توفى ١١٠ ه ، ٧٢٩ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج٧ ، ص٢٥

ابن عباس 12,94,115,129, 130,228,337,393,788, 833,846.

عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي . ولد بمكة . ولازم رسول الله وروى عنه الأحاديث [توفى ٦٨ ه، ٦٨٧ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ٢٢٨ — ٢٢٩

ابن عمر 112,228,401.

عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي ، أبو عبد الرحمن صحابي . نشأ في الإسلام وهاجر إلى المدينة مع أبيه وشهد فتح مكة . مولده ووفاته فيها ، وهو آخر من توفى بمكة من الصحابة [٧٣ه ، ٦١٣م]
الزركلي ، الأعلام ، ج٤ ، ص٢٤٦

ابن مسعود 10,12,111,117, 264.

عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي . صحابي . وهو من أهـــل مكة ومن السابقين إلى الإسلام . كان خادم الرسول وصاحب سره ورفيقه في ترحاله وغزواته . توفى في المدينــــة [٣٢ ه ، ٦٥٣ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج٤ ، ص ٢٨٠

ابن المسيب 130,452,846.

سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي القرشي سيد التابعين وأحد الفقهاء السبعة في المدينة كان أحفظ الناس لأحكام عمر ابن الخطاب . توفى بالمدينة [٥٤ ه ، ٧١٣ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٣ ، ص ١٥٥

أبو برزة الأسلمي 833

هو نضلة بن عبيد بن الحارث ، الأسلمي . صحابي كان من سكان المدينة ثم البصرة . ومات بخراسان [٦٥ ه ، ٦٨٥ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٨ ، ص٣٥٨
ابن سعد ، طبقات ، ج ٤ ، ق٢ ، ص ٣٤

أبو بكر (الصديق) 12,111,114, 125,381,820,825,878.

عبد الله بن أبي قحافة عثمان بن عامر بن كعب التيمي القرشي . أول الخلفاء الراشدين . وأول من آمن برسول الله من الرجال . توفى بالمدينة [١٣ ه ، ٦٣٤ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ص ٢٣٧ — ٢٣٨

أبو بكرة 861

نفيع بن الحارث بن كلدة الثقفى . صحابى من أهل الطائف . توفى بالبصرة . وإنما قيل له أبو بكرة لأنه تولى ببكرة من حصن الطائف إلى النبى (ص) وهو ممن اعتزل الفتنة يوم الجمـــل وصفين [توفى ٥٢ هـ ، ٦٧٢ م]

الزركلى ، الأعلام ، جـ٩ ، ص١٧

أبو جهل 261

عمرو بن هشام بن المغيرة المخزومى القرشى . أشد الناس عداوة للنبى (ص) وأحد سادات قريش فى الجاهلية . قتل فى بدر [٢ هـ ، ٦٢٤ م]

الزركلى ، الأعلام ، جـ٥ ، ص٢٦١

أبو حميد الساعدى 112

ورد اسمه فى

ابن سعد ، طبقات ، جـ٥ ، ص٢٠٠

أبو حنيفة (الإمام)

7, 8, 22, 31, 84, 105, 119, 124, 125, 126, 132, 133, 134, 201, 203, 222, 227, 229, 232 234, 236, 237, 270, 282, 287, 290, 296, 302, 305, 307, 314, 322, 236, 327, 328, 329, 330, 337, 339, 340, 341, 343, 349, 352, 356, 359, 367, 373, 374, 378, 379, 380, 381, 382, 391, 584, 589, 590, 593, 602, 604, 104, 413, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 425, 426, 427, 428, 444, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 470, 472, 476, 477, 478, 480, 481, 482, 485, 488, 500, 501, 502, 503, 529, 534, 535, 537, 542, 549, 007, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 568, 569, 571, 574, 576, 583, 606, 609, 610, 611, 618, 624, 625, 628, 647, 658, 660, 663, 688, 691, 694, 695, 703, 704, 705, 707, 708, 709, 711, 715, 723, 724, 736, 746, 748, 774 778, 779, 781, 792, 811, 813, 824, 829, 830, 843, 844, 849, 853, 855, 865, 868, 873, 874, 876, 881, 882, 883, 884, 886, 887, 892, 894, 895, 896, 901, 9602, 903.

النعمان بن ثابت التيمى بالولاء ، الكوفى . إمام الحنفية الفقيه المجتهد . قيل أصله من أبناء فارس . ولد ونشأ بالكوفة . وكان يبيع الخز ويطلب العلم فى صباه ، ثم انقطع للتدريس والإفتاء . وأراده عمر ابن هبيرة أمير العراقين على القضاء فامتنع ورعاً . وأراده المنصور على القضاء ببغداد فأبى فحبسه إلى أن مات [١٥٠ هـ ، ٧٦٧ م]

له مسند فى الحديث جمعه تلاميذه .
الزركلى ، الأعلام ، ج٩، ص٤-٥
القرشى ، الجواهر المضيّة، ج١ ، ص ٢٦

أبو الدرداء **452**

عويمر بن مالك بن قيس بن أمية الأنصارى الخزرجى : صحابى . ولاه معاوية قضاء الشام بأمر عمر ابن الخطاب . وهو أول قاض بها . مات بالشام [٣٢ هـ ، ٦٥٢م]
الزركلى، الأعلام ، ج٥، ص٢٨١

أبو ذر **3**

جندب بن جنادة بن سفيان بن عبيد ، من بنى غفار . صحابى . يقال أسلم بعد أربعة . هاجر الى بادية الشام ، سكن دمشق وجعل ديدنه تحريض الفقراء على مشاركة الأغنياء فى أموالهم . فشكاه معاوية الى عثمان فأمره عثمان بالرحلة الى الربذة (من قرى المدينة) فسكنها الى أن مات [توفى ٣٢ هـ ، ٦٥٢ م]
الزركلى ، الأعلام، ج ٢، ص١٣٦

أبو سعيد السيرافى (الإمام) **26, 31,116**

الحسن بن عبد الله بن المرزبان السيرافى : نحوى عالم بالأدب ، سكن بغداد وتولى نيابة القضاء . [توفى ٣٦٨ هـ ، ٩٧٩ م]
الزركلى ، الأعلام، ج٢، ص٢١٠

أبو سعيد العباد أبادى **720**

(٣ . لم يرد له ذكر فى الجواهر المضية ولا السمعانى ولا الكفوى ولا ابن قطلوبغا) .

أبو سفيان **750,754,773**

صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس ابن عبد مناف : صحابى ، من سادات قريش فى الجاهلية . وهو والد معاوية رأس الدولة الأموية . أسلم يوم فتح مكة . كان عامل الرسول (ص) على نجران . توفى بالمدينة وقيل بالشام [١٠ هـ ، ٦١٣ م] .
الزركلى، الاعلام ، ج٢ ، ص٢٨٨

أبو سلمة **112**

حماد بن سلمة ويكنى أبا سلمة (الحضرمى) ، وأبوه سلمة يكنى أبا صخرة . وهو مولى لبنى تميم ، وهو ابن أخت حميد الطويل . وقيل أنه ثقة كثير الحديث ، وربما حدث بالحديث المنكر .
ابن سعد، الطبقات، ج٧، ص٢٨٢

أبو طالب 820
عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم ، من قريش ، والد على وعم النبى (ص) . كان من رؤساء بنى هاشم . دعاه النبى إلى الإسلام فامتنع . [توفى ٣ ق . ه ، ٦٢٠ م]
الزركلى ، الأعلام ، ج٤ ، ص٣١٥

أبو عبد الرحمن 109,131.
أبو عبد الرحمن السلمى : لعله مجاشع السلمى : مجاشع بن مسعود ابن ثعلبة السلمى . صحابى . من القادة الشجعان . استخلفه المغيرة ابن شعبة على البصرة فى خلافة عمر . [توفى ٣٦ ه ، ٦٥٦ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج٦ ، ص١٦٠

أبو عبد الله 403,419.
محمد بن يحيى بن مهدى ، أبو عبد الله الجرجانى . فقيه من أعلام الحنفية . سكن بغداد وكان يدرس فيها . تفقه عليه أبو الحسين القدورى . [توفى ٣٩٧ ه ، ١٠٠٧ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج٨ ، ص ٥

أبو عبيده 111
عامر بن عبد الله بن الجراح بن هلال الفهرى القرشى . فاتح الديار الشامية . صحابى . من السابقين إلى الإسلام . ولاه عمر قيادة الجيش الزاحف إلى الشام . توفى بطاعون عمواس ودفن فى غور بيسان . [توفى ١٨ ه ، ٦٣٩ م]
الزركلى ، الأعلام ، ج٤ ، ص٢١

أبو موسى الأشعرى 24,111, 327,531,846.
عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار ابن حرب من قحطان . صحابى وأحد الحكمين اللذين رضى بهما على ومعاوية . ولد فى اليمن وقدم مكة عند ظهور الإسلام فأسلم وهاجر إلى الحبشة . ثم استعمله رسول الله (ص) على زبيد وعدن وولاه عمر بن الخطاب البصرة سنة ١٧ ه . فافتتح أصبهان والأهواز . ارتد إلى الكوفة بعد التحكيم وتوفى فيها [٤٤ه ، ٦٥٥م]
الزركلى ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ٢٥٤ — ٢٥٥

أبو هريرة 3,4,107,112,261.
عبد الرحمن بن صخر الدوسى . صحابى . كان أكثر الصحابة حفظاً للحديث ورواية له . نشأ يتيما

ضعيفاً فى الجاهلية . وقدم المدينة ورسول الله بخيبر فأسلم . ولى إمرة المدينة مدة واستعمله عمر على البحرين . توفى بالمدينة .
[٥٩ هـ ، ٦٧٩ م] .
الزركلى ، الأعلام ، جـ ٤ ، ص ٨٠ — ٨١

أبو واقد الليثى 264
الحارث بن عوف الليثى الكنانى . شهد الفتح مسلماً . وشهد اليرموك بالشام . يعد فى أهل المدينة . جاور بمكة ومات بها .
[٦٨ هـ ، ٦٨٧ م] .
ابن الأثير ، أسد الغابة، جـ ٥ ، ص ٣١٩

أبو يوسف
22, 56, 84, 124, 125, 126, 132, 133, 134, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 149, 152, 154, 155, 163, 169, 201, 203, 232, 233, 234, 236, 237, 248, 249, 274, 275, 282, 287, 288, 295, 297, 298, 299, 305, 307, 314, 317, 322, 326, 328, 329, 337, 340, 341, 342, 345, 349, 353, 358, 360, 373, 380, 381, 382, 384, 387, 391, 404, 413, 418, 419, 420, 425, 426, 427, 428, 444, 461, 462, 464, 465, 466, 467, 468 470, 472, 476, 477, 478, 479, 481, 482, 485, 488, 500, 501, 502, 503, 515, 516, 517, 520, 532, 534, 535, 537, 541, 542, 549, 551, 552, 553, 554, 557, 561, 563, 565, 568, 569, 571, 575, 576, 584, 589, 590, 593, 602, 604, 609, 618, 620, 624, 628, 634, 647, 650, 651, 658, 686, 688, 694, 695, 701, 703, 704, 705, 707, 708, 709, 711, 720, 723, 725, 726, 746, 748, 751, 774, 778, 781, 792, 813, 822, 823, 824, 826, 829, 830, 843, 844, 849, 853, 854, 855, 868, 873, 876, 881, 884, 886, 888, 892, 894, 896, 897, 899, 900, 901, 902.

يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الأنصارى الكوفى البغدادى .

صاحب أبي حنيفة وتلميذه وأول
من نشر مذهبه . كان فقيهاً علامة .
ولد بالكوفة وتفقه بالحديث
والرواية ثم لزم أبا حنيفة . ولى
القضاء ببغداد أيام المهدى والهادى
والرشيد . ومات فى خلافته فى
بغداد وهو على القضاء . أول
من دعى قاضى القضاة . وأول
من وضع الكتب فى أصول
الفقه على مذهب أبى حنيفة .
من كتبه : الخراج والآثار وأدب
القاضى والأمالى فى الفقه وغيرها .
[توفى ١٨٢ ه ، ٧٩٨ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ٩ ، ص ٢٥٢
ابن خلكان ، وفيات الأعيان ،
ج ٢ ، ص ٣٠٣

أبيّ بن كعب 129,471,673

أبى بن كعب بن قيس بن عبيد من
بنى النجار ، صحابى أنصارى .
كان قبل الإسلام حبراً من أحبار
اليهود . ولما أسلم كان من كتاب
الوحى . وكتب كتاب الصلح
لأهل بيت المقدس . وأمره عثمان
بجمع القرآن فاشترك فى جمعه .
مات بالمدينة [٢١ ه ، ٦٤٢ م]
الزركلى ، الأعلام ، ج ١ ، ص ٧٨
ابن سعد ، طبقات ، ج ٣ ، ص ٥٩

اسماعيل بن ابراهيم بن مهاجر 285

ذكر فى
ابن سعد ، الطبقات ، ج ٦ ،
ص ٣١٥

اسماعيل بن أبى خالد 102

مولى لبنى أحمس من بجيلة ويكنى
أبا عبد الله . كان أصغر من
ابراهيم النخعى بسنتين . روى
عن مصعب بن سعد . قيل أنه قد
رأى ستة ممن رأى النبى (ص) .
يقول سفيان الثورى أنه من
الحفّاظ . توفى بالكوفة سنة
[١٤٦ ه ، ٧٦٣ م] .
ابن سعد ، الطبقات ، ج ٦ ،
ص ٢٢٢ ، ٢٤٣ — ٢٤٤

اسماعيل بن حماد 277,380

اسماعيل بن حماد بن الإمام
أبى حنيفة النعمان . فقيه حنفى .
ولى قضاء الجانب الشرقى من
بغداد والبصرة والرقّة . صنف
الجامع فى الفقه على مذهب جده .
[توفى ٢١٢ ه ، ٨٢٧ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ١ ،
ص ٣٠٩

اسماعيل بن رجاء 279
ذكر ابن سعد أن اسماعيل بن رجاء قد روى عن على بن غراب مولى الوليد بن صخر الفزارى .
ابن سعد ، الطبقات ، ج٦ ، ٣٩١

اسماعيل بن عُلَيَّة 417
ورد اسمه فقط فى
ابن سعد ، طبقات ، ج٦،ص٢٥١

الأشعث بن قيس 131,880
الأشعث بن قيس بن معدى كرب الكندى . أمير كندة فى الجاهلية والإسلام . كانت إقامته فى حضرموت ، ووفد على النبى (ص) بعد ظهور الإسلام فأسلم وشهد اليرموك فأصيبت عينه . حارب مع على فى صفين . ثم عاد إلى الكوفة وتوفى فيها [٤٠ ﻫ ، ٦٦١ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ١ ، ص ٣٣٣ — ٣٣٤

الأعمش 114,131
سليمان بن مهران الأسدى بالولاء ، أبو محمد : تابعى . أصله من بلاد الرى ، ومنشأه ووفاته فى الكوفة . كان عالماً بالقرآن والحديث والفرائض . [توفى ١٤٨ ﻫ ، ٧٦٥ م] .
الزركلى، الأعلام، ج٣ ، ص ١٩٨

أم سلمة 12,94,129.
هند بنت سهيل ابن المغيرة القرشية المخزومية . من زوجات النبى . توفيت [٦٢ ﻫ ، ٦٨١ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج٩ ، ص١٠٤

أنس 279
أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم البخارى الخزرجى الأنصارى ، أبو ثمامة أو أبو صخرة . صاحب رسول الله وخادمه . روى عن البخارى ومسلم ومات بالبصرة [٩٣ ﻫ ، ٨١٥ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ١ ، ص ص ٣٦٥ ، ٣٦٦

إياس بن معاوية 6, 327
إياس بن معاوية بن قرة المزنى . قاضى البصرة . يضرب المثل بذكائه ، توفى بواسط [١٢٢ ﻫ ، ٧٤٠ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ١ ، ص ٣٧٦

بشر بن الوليد 380

بشر بن الوليد بن خالد بن الوليد الكندى . القاضى . سمع مالك ابن أنس . وهو أحد أصحاب أبى يوسف خاصة . وعنه أخذ الفقه . روى كتب أبى يوسف . ولى القضاء ببغداد . [توفى ٢٣٨ هـ ، ٨٥٢ م] .

القرشى ، الجواهر المضية ، ج ١ ، ص ١٦٦ — ١٦٧

تميم بن طرفة 452

تميم بن طرفة الطائى . كان ثقة قليل الحديث . توفى فى زمان الحجاج . [٩٤ هـ ، ٧١٢ م] .

ابن سعد ، طبقات ، ج ٦ ، ص ٢٠٢

جابر 117,818

جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الخزرجى الأنصارى . صحابى من المكثرين فى الرواية عن النبى (ص) . كانت له حلقة فى المسجد النبوى يؤخذ عنه العلم . توفى ٧٨ هـ ، ٦٩٧ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ٩٢

جابر بن زيد 117

جابر بن زيد الأزدى البصرى ، أبو الشعثاء : تابعى فقيه ، من الأئمة . من أهل البصرة . أصله من عمان . صحب ابن عباس . نفاه الحجاج إلى عمان . [توفى ٩٣ هـ ، ٧١٢ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج٢ ، ص٩١

جابر بن سمرة 452

جابر بن سمرة بن جنادة السوائى . صحابى . كان حليف بنى زهرة . له ولأبيه صحبة . ترك الكوفة . [توفى ٧٤ هـ ، ٦٩٣ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج٢ ، ص٩٢

جُبير بن مُطعم 471

جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل ابن عبد مناف القرشى . صحابى . كان من علماء قريش وسادتهم . توفى بالمدينة . [٥٩هـ ، ٦٧٩م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ١٠٣

جعفر 818

هو جعفر بن أبى طالب بن عبد المطلب بن هاشم . صحابى .

وهو أخو أمير المؤمنين علي بن
أبي طالب . هاجر إلى الحبشة
في الهجرة الثانية . قتل في وقعة
مؤته . [٨ هـ ، ٦٢٩ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج٢ ، ص١١٨

حابس بن سعد الطائي 11
حابس بن سعد المنذر الجرمي
الطائي . من الصحابة . كان فيمن
وجههم أبو بكر إلى الشام فنزل
حمص . وشهد حرب صفين مع
معاوية وقتل فيها [٣٧هـ ، ٦٥٧م]
الزركلي ، الأعلام ، ج٢ ، ص١٥٠

حسل بن خارجة الأشجعي 362
أو حُسيل
أسلم يوم خيبر وشهد فتحها .
ابن الأثير ، أسد الغابة ، ج ٢ ،
ص ٩ و١٦٥

الحسن 264,279,673,793
الحسن بن علي بن أبي طالب
الهاشمي القرشي ، خامس الخلفاء
الراشدين وآخرهم . وثاني الأئمة
الاثني عشر عند الإمامية . خلع
نفسه من الخلافة . ولد في المدينة
وتوفي فيها [٥٠هـ ، ٦٧٠ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ،
ص ص ٢١٤ — ٢١٥

الحسن البصري 107,117,327.
الحسن بن يسار البصري . تابعي .
كان إمام أهل البصرة . ولد بالمدينة
وشب في كنف علي بن أبي طالب .
له مع الحجاج مواقف ولكنه سلم
من أذاه . [توفي ١١٠هـ ، ٧٢٨م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج٢ ، ص٢٤٢

الحسن بن زياد
4, 6, 79, 103, 107, 109, 117, 141, 142, 203, 227, 279, 282, 282, 284, 380, 381, 464, 465, 466, 467, 476, 551, 552, 553, 557, 593, 610, 624, 625, 699, 792, 798, 846, 896, 900,

الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي ،
قاض وفقيه من أصحاب أبي حنيفة ،
أخذ عنه وسمع منه . ولي القضاء
بالكوفة سنة ١٩٤ هـ . من كتبه
أدب القاضي ، والخراج ، والأمالي .
[توفي ٢٠٤ هـ ، ٨١٩ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ، ص٢٠٥

الحكم بن عمرو الغفاري 2
الحكم بن عمرو بن مجدّع الغفّاري .
صحابي . انتقل إلى البصرة في أيام
معاوية فوجهه زياد إلى خراسان .
مات بمرو [٥٠ هـ ، ٦٧٠ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ، ص٢٩٦

حماد بن زيد 117

حماد بن زيد بن درهم الأزدى الجهضمى البصرى ، أبو اسماعيل: من حفاظ الحديث . يعرف بالأزرق . أصله من سبى سجستان ومولده ووفاته فى البصرة . كان ضريراً . خرّج حديثه الأئمة الستة [توفى ١٧٩ ﻫ ، ٧٩٥ م]

الزركلى ، الأعلام ، ﺟ ٢ ، ص ٣٠١

خالد بن الوليد 2

خالد بن الوليد بن المغيرة المخزومى القرشى ، الفاتح الكبير . صحابى . كان من أشراف قريش فى الجاهلية وأسلم قبل فتح مكة - بعد الحديبية - أرسله أبو بكر لقتال مسيلمة ومن ارتد من أعراب نجد وسيره إلى العراق . ولما ولى عمر عزله . مات بحمص فى سورية [٢١ ﻫ ، ٦٤٢ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ﺟ ٢ ، ص ٣٤١ — ٣٤٢

الخطابية 341

هى اسم لفرقة من غلاة الشيعة وتنسب إلى أبى الخطاب محمد بن أبى زينب الأسدى الأجدع الذى قال بنظرية حلول الله فى الإمام جعفر الصادق وبعده فيه هو . وقد قضى عليه حوالى سنة ١٤٧ ﻫ ، ٧٦٤ م . ولكن الفرقة بقيت منتشرة بعض الشىء فى السواد واليمن ، ويقال أن عدد أتباعها كان قرابة مائة ألف حوالى سنة ٣٠٠ ﻫ إلا أن الفرقة تلاشت فيما بعد .

ومن معتقداتها المغالاة فى معاملة الخصوم حيث حللت قتل الرجال والنساء والأطفال وحللت كذلك شهادة الزور فى معاملة الخصوم وعليه فشهادة الخطابيين لا تقبل فى القضاء .

انظر : الموسوعة الإسلامية تحت مادة الخطابية حيث ذكرت المصادر المختلفة عنها .

الخنساء 27

تماضر بنت عمرو بن الحارث بن الشريد الرياحية ، من بنى سليم ، من قيس عيلان ، من مضر . أشهر شواعر العرب . أدركت الإسلام فأسلمت ووفدت مع قومها بنى سليم على رسول الله (ص) . كان شعرها يعجب النبى . قتل أبناؤها الأربعة فى القادسية [توفيت ٢٤ ﻫ ، ٦٤٥ م]

الزركلى ، الأعلام ، ﺟ ٢ ، ص ٦٩

داود (النبى) 6,109,129,452.

الزبير 101,444,673.

الزبير بن العوام بن خويلد الأسدى القرشى . صحابى . وهو ابن عمة النبى (ص) . وشهد بدر وأحداً وشهد الجابية مع عمر بن الخطاب . قتله ابن حرموز غيلة يوم الجمل بوادى السباع . [توفى ٣٦ ه ، ٦٥٦ م] .

الزركلى ، الأعلام، ج٣ ، ص٧٤

زرارة بن أبى أوفى 79

زرارة بن أوفى الحرشى . من بنى الحريش بن كعب بن ربيعة ابن عامر بن صعصعة . كان قاضياً على البصرة . كان ثقة وله أحاديث [توفى ٧٣ ه ، ٦٩٢ م] .

ابن سعد ، طبقات ، ج٧ ، ق١ ، ص ١٠٩

زفر

203, 557, 583, 589, 590, 618, 694, 695, 715, 717, 746, 748, 864, 865, 866.

زفر بن الهذيل بن قيس العنبرى ، فقيه كبير من أصحاب الإمام أبى حنيفة ، أصله من أصبهان . أقام بالبصرة وولى قضاءها وتوفى بها [١٥٨ ه ، ٧٧٥ م] .

الزركلى ، الأعلام، ج ٣ ، ص٧٨

القرشى ، الجواهر المضية ، ج ١ ، ص ٢٤٣

الزهرى 107,111,362,902.

محمد بن مسلم بن عبيدالله بن شهاب الزهرى ، من بنى زهرة بن كلاب من قريش . أول من دون الحديث وأحد أكابر الحفاظ والفقهاء . تابعى من أهل المدينة . نزل الشام واستقر بها . مات بشغب آخر حد الحجاز وأول حد فلسطين . [توفى ١٢٤ ه ، ٧٤٢م]

الزركلى، الأعلام، ج٧، ص٣١٧

زياد بن أبيه 109,107,861.

أمير من دهاة القادة الفاتحين . من أهل الطائف . ولاه على إمرة فارس . ولما توفى امتنع زياد على معاوية . وتبين لمعاوية أنه أخوه من أبيه فكتب إليه بذلك . فقدم زياد عليه وألحقه معاوية بنسبه فكان عضده الأقوى . وولاه البصرة والكوفة وسائر العراق إلى أن توفى [٥٣ ه ، ٦٧٣ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٣ ، ص ص ٨٩ — ٩٠

زيد بن ثابت
129, 130, 471, 673.
زيد بن ثابت الضحاك الأنصارى الخزرجى . صحابى . كان كاتب الوحى . ولد فى المدينة ونشأ بمكة وهاجر مع النبى (ص) . وكان أحد الذين جمعوا القرآن فى عهد النبى (ص) . توفى [٤٥ هـ ، ٦٦٥ م] .
الزركلى ، الأعلام ، جـ ٣ ، ص ص ٩٥ — ٩٦

زيد بن حارثة
818
زيد بن حارثة بن شراحيـــل (أو شرحبيل) الكعبى . صحابى . وهبته خديجة بنت خويلد للنبى (ص) حين تزوجها . فتبناه النبى - قبل الإسلام - وأعتقه وزوجه بنت عمه . واستمر الناس يسمونه « زيد بن محمد » وكان النبى يحبه ويقدمه . وجعل له الإمارة فى غزوة مؤتة فاستشهد فيها [٨ هـ ، ٦٢٩ م] .
الزركلى ، الأعلام، جـ ٣ ، ص٩٦

زيد بن خالد
261
زيد بن خالد الجهنى المدنى . صحابى . شهد الحديبية . وكان معه لواء جهينة يوم الفتح . توفى فى المدينة [٧٨ هـ ٦٩٧] .
الزركلى ، الأعلام، جـ٣ ، ص٩٧

سعيد بن جبير
116
سعيد بن جبير الأسدى بالولاء الكوفى . تابعى . حبشى الأصل . أخذ العلم عن عبد الله بن عباس وابن عمر . قتله الحجاج بواسط [٩٥ هـ ، ٧١٤م] .
الزركلى ، الأعلام ، جـ ٣ ، ص ١٤٥

سعيد بن العاص
129
سعيد بن العاص بن سعيد بن العاصى بن أميـــة الأموى القرشى . صحابى . من الأمراء . ولاه عثمان الكوفة وهو شاب . وعهد إليه معاوية بولاية المدينة فتولاها إلى أن مات . توفى [٥٩ هـ ، ٦٧٩ م] .
الزركلى ، الأعلام ، جـ ٢ ، ص ١٤٩

سعيد بن المسيب
أنظر ابن المسيب .

سفيان الثورى 107,114.

سفيان بن سعيد بن مسروق الثورى . من بنى ثور من عبد مناة من مضر . كان سيد أهل زمانه فى علوم الدين والتقوى . ولد ونشأ فى الكوفة . راوده المنصور أن يلى الحكم فأبى وخرج من الكوفة سنة ١٤٤ هـ فسكن مكة والمدينة . ثم طلبه المهدى فتوارى وانتقل إلى البصرة فمات فيها متخفياً . [١٦١ هـ ، ٧٧٨ م]

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٣ ، ص ١٥٨

سليمان (النبى) 6,7.

سليمان بن يسار 264

سليمان بن يسار أبو أيوب ، مولى ميمونة أم المؤمنين : أحد الفقهاء السبعة بالمدينة ولد فى خلافة عثمان . وصفه ابن سعد بقوله : أنه ثقة فقيه كثير الحديث

[توفى ١٠٧ هـ ، ٧٢٥ م] .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٣ ، ص ٢٠١

الشافعى 843

محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان ابن شافع الهاشمى . صاحب المذهب المنسوب إليه . ولد فى غزة فى فلسطين وحمل إلى مكة وهو ابن سنتين . زار بغداد وقصد مصر سنة ١٩٩ هـ فتوفى بها [٢٠٤ هـ ، ٨٢٠ م] . أشهر كتبه، كتاب الأم، والرسالة .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٦ ، ص ص ٢٤٦ — ٢٥٠

شريح

10, 79, 92, 102, 109, 111, 127, 128, 224, 228, 379, 385, 409, 470, 471, 531, 673, 839, 846, 902.

شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندى . قيل انه من أشهر القضاة الفقهاء فى صدر الإسلام . اصله من اليمن . ولى قضاء الكوفة فى زمن عمر وعثمان وعلى ومعاوية واستعفى فى ايام الحجاج فأعفاه سنة ٧٧ هـ . مات بالكوفة [٧٨ هـ ، ٦٩٧ م] .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٣ ، ص ٢٣٦

الشعبي

10, 79, 109, 117, 129, 235, 417, 339, 880, 902.

عامر بن شراحيل، كوفى محدث.
[توفى ١٠٥ هـ، ٧٢٤ م].
وفيات الأعيان، تحقيق إحسان عباس، جـ٣، ص ص١٢—١٦

الشيباني 102

اسحاق بن مرار الشيباني بالولاء، أبو عمرو: لغوى أديب. من رمادة الكوفة. سكن بغداد ومات بها. أصله من الموالى. جمع أشعار نيف وثمانين قبيلة من العرب ودونها في مجلدات. أخذ عنه جماعة كبار منهم أحمد ابن حنبل. ومن تصانيفه «غريب الحديث» [توفى ٢٠٦هـ، ٨٢١م].
الزركلي، الأعلام، جـ١، ص٢٨٩

صفوان 873

صفوان بن أمية بن خلف بن وهب الجمحي القرشي المكي صحابي. كان من أشراف قريش في الجاهلية والإسلام. أسلم بعد الفتح. شهد اليرموك ومات بمكة [٤١هـ، ٦٦١ م].
الزركلي، الأعلام، جـ٣، ص٢٩٦

طاؤوس 116, 117, 224.

طاؤوس بن كيسان الخولاني الهمداني بالولاء. من أكابر التابعين، روى الحديث. أصله من الفرس ومولده ومنشأه في اليمن. توفى حاجاً بالمزدلفة.
[١٠٦ هـ، ٧٢٤ م].
الزركلي، الأعلام، جـ ٣، ص ٣٢٢

الطحاوي 465

أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي. فقيه. انتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر. ولد ونشأ في «طحا» من صعيد مصر. رحل إلى الشام سنة ٢٦٨ هـ.
[توفى ٣٢١ هـ، ٩٣٣ م].
الزركلي، الأعلام، جـ ١، ص ١٩٧
القرشي، الجواهر المضية، جـ١، ص ١٠٢

طلحة بن عبيد الله

101,130,470,471,673.

طلحة بن عبيد الله بن عثمان التيمي القرشي المدني. صحابي. هو أحد الستة أصحاب الشورى. شهد

أحداً والخندق . قتل يوم الجمل
وهو بجانب عائشة . ودفن بالبصرة
[٣٦ هـ ، ٦٥٦ م] .
الزركلى ، الأعلام ج ، ٣ ، ص ٢٣١
ابن سعد ، طبقات ، ج ٣ ،
ص ١٥٢

عائشة 825
عائشة أم المؤمنين ، بنت أبى بكر
الصديق عبد الله بن عثمان . زوجة
النبى وأحب نسائه إليه وأكثرهن
رواية للحديث . توفيت بالمدينة
[٥٨ هـ ، ٦٧٨ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ص ٤ — ٥

عبد الرحمن السلمى 109
(أنظر أبو عبد الرحمن السلمى) .
السمعانى ، الأنساب ، ص ٣٠٣

عبد الرحمن بن عوف 125,381
عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف
ابن عبد الحارث الزهرى القرشى .
أحد الستة أصحاب الشورى . شهد
بدراً . وتوفى بالمدينة [٣٢ هـ ،
٦٥٢ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ٩٥

عبد الرحمن بن يزيد 12
عبد الرحمن بن يزيد بن جارية
الأنصارى المدنى ، أبو محمد :
تابعى ، من رجال الحديث
الثقات . ولد فى حياة رسول الله
(ص) وولى القضاء لعمر بن
عبد العزيز . مات بالمدينة
[٩٨ هـ ، ٧١٦ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ١٨٨

عبد الله بن جعفر 314,470
عبد الله بن جعفر بن أبى طالب
ابن عبد المطلب الهاشمى القرشى :
صحابى . ولد بالحبشة وأتى البصرة
والكوفة والشام . كان أحد
الأمراء على جيش على يوم «صفين»
ومات بالمدينة [٨٠ هـ ، ٧٠٠ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ٢٠٤

عبد الله بن رافع 12
عبد الله بن رافع مولى أم سلمة
زوج النبى (ص) . سمع من أم سلمة .
كان ثقة كثير الحديث .
ابن سعد ، الطبقات ، ج ٥ ،
ص ٢١٩

عبد الله بن رواحة 116,390

عبـــد الله بن رواحة بن ثعلبة الأنصارى من الخزرج . صحابى . شهد العقبة مع السبعين من الأنصار . استشهد فى مؤتة .

[توفى ٨ هـ ، ٦٢٩ م] .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٤ ، ص ٢١٧

عبد الله بن الزبير 129

عبد الله بن الزبير بن العوام القرشى الأسدى أبو بكر : أول مولود فى المدينة بعد الهجرة . بويع بالخلافة سنة ٦٤ هـ ، عقيب موت يزيد بن معاوية ، حكم مصر والحجاز واليمن وخراسان والعراق وأكثر الشام ، وجعل قاعدة ملكه المدينة . كانت له مع الأمويين وقائع هائلة . انتقل إلى مكة ونشب بينه وبين الحجاج حروب انتهت بمقتل ابن الزبير [٧٣ هـ ، ٦٩٢ م] .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٤ ، ص ٢١٨

عبد الله بن سعد 101,111

عبد الله بن سعد بن أبى سرح القرشي العامرى فاتح أفريقية . من أبطال الصحابة . أسلم قبل فتح مكة وهو من أهلها . وكان من كتاب الوحى للنبى . ولى مصر سنة ٢٥ هـ بعد عمرو ابن العاص . مات بعسقلان فجأة وهو قائم يصلى . [توفى ٣٧ هـ ، ٦٥٧ م] .

الزركلى، الأعلام ، جـ٤ ، ص٢٢٠

عبد الله بن السعدى

أنظر عبد الله بن سعد .

عبد الله بن عباس .

أنظر ابن عباس .

عبد الله بن عمر 112,799

عبـد الله بن عمر بن الخطاب العدوى . صحابى . هاجر إلى المدينة مع أبيه . وشهد فتح مكة . مولده ووفاته فيها . أفتى الناس فى الإســـلام ستين سنة .

[توفى ٧٣ هـ ، ٦٩٢ م] .

الزركلى، الأعلام ، جـ٤ ، ص٢٤٦

عبد الله بن كعب بن مالك 362

ورد ذكر والده كعب بن مالك فى ابن سعد .

ابن سعد، الطبقات ، جـ١، ص٣٠٠

عبد الله بن مسعود

أنظر ابن مسعود .

عبيد الله بن أبي بريدة

أنظر ابن أبي بريدة.

عبيد الله بن زياد (ابن أبيه) 117

وال فاتح . ولد بالبصرة . ولاه عمه معاوية خراسان . وانتقل إلى البصرة أميراً عليها وقاتل الخوارج . وأمره يزيد على إمارته . بعد موت يزيد بايعه أهل البصرة ثم لم يلبثوا أن وثبوا عليه ، فانتقل مختبئاً إلى الشام . قتله ابن الأشتر في الموصل

[٢٨ هـ ، ٦٨٦ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ص ٣٤٧ — ٣٤٨

عتاب بن أسيد 111

عتاب بن أسيد بن أبي العاص ابن أمية بن عبد شمس . وال أموي قرشي مكي . من الصحابة . أسلم يوم فتح مكة . واستعمله النبي (ص) عليها وكان عمره ٢١ سنة ، وأقره أبو بكر فاستمر فيها إلى أن مات يوم مات أبو بكر . ويذكر أنه عاش والياً إلى أواخر أيام عمر فتكون وفاته في أوائل ٢٣ هـ ، ٦٤٣ م .

[توفي ١٣ هـ ، ٦٣ م] .

الزركلي، الأعلام ، ج٤ ، ص٣٥٨

ابن سعد ، طبقات ، ج ٥ ، ص ٣٣٠

عثمان 79, 101, 228, 264, 314, 471, 673.

عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية . ثالث الخلفاء الراشدين . ولد بمكة، وكان شريفاً في الجاهلية .

[توفي ٣٥ هـ ، ٦٥٦ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ص ٣٧١ — ٣٧٢

عثمان بن أبي العاص 111

عثمان بن أبي العاص بن بشر بن عبد ابن دهمان ، من ثقيف . صحابي من أهل الطائف . أسلم في وفد ثقيف فاستعمله النبي على الطائف . ثم ولاه عمر عمان والبحرين سنة ١٥ هـ ، وعزله عثمان فسكن البصرة إلى أن توفي . وهو الذي منع ثقيف من الردة .

[توفي ٥١ هـ ، ٦٧١ م] .

الزركلي، الأعلام، ج٤ ، ص٣٦٨

عطاء 94, 129

عطاء بن أسلم بن صفوان : تابعي ، من أجلاء الفقهاء . كان عبداً أسود . ولد في جند (باليمن) ونشأ بمكة فكان مفتي أهلها ومحدثهم ، وتوفي فيها [١١٤ هـ ، ٧٣٢ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج٥ ، ص٢٩

عطاء 859

عطاء بن دينار الهذلي — مولى هذيل — المصري من رجال الحديث . له كتاب في التفسير يرويه عن سعيد بن جبير . توفي بمصر [١٢٦ هـ ، ٧٤٤ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج٥ ، ص٢٩

عطاء بن السائب 11

عطاء بن السائب الثقفي . كان ثقة . روى عنه المتقدمون .

[توفي ١٣٦ هـ ، ٧٥٣ م] .

ابن سعد ، طبقات ، ج ٦ ، ص ٢٣٥

علقمة 115

علقمة بن قيس بن عبد الله ابن مالك النخعي الهمداني . تابعي . كان فقيه العراق . روى الحديث عن الصحابة . شهد صفين . أقام بخوارزم وبمرو وسكن الكوفة وتوفي فيها [٦٢ هـ ، ٦٨١ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج٥ ، ص٤٨

عليّ بن أبي طالب

2, 3, 6, 101, 103, 111, 112, 113, 116, 248, 261, 262, 264, 270, 278, 279, 284, 285, 314, 369, 385, 389, 391, 422, 470, 471, 502, 517, 534, 584, 585, 673, 701, 789, 818, 820, 825, 868, 872, 873, 875, 876, 880.

علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي ، رابع الخلفاء الراشدين ، وابن عم النبي وصهره .

[توفي ٤٠ هـ ، ٦٦١ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٥ ، ص ص ١٠٧ — ١٠٨

عمار بن ياسر 2

عمار بن ياسر بن عامر الكناني المذحجي . صحابي . أحد السابقين إلى الإسلام . هاجر إلى المدينة

وشهد بدراً وأحداً والخندق .
ولاه عمر الكوفة ثم عزله عنها .
وشهد الجمل وصفين مع علي وقتل
في صفين [٣٧ ﻫ ، ٦٥٧ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٥ ،
ص ص ١٩١ — ١٩٢

عمر

8, 10, 11, 12, 17, 24, 26, 29, 94, 102, 111, 112, 114, 125, 129, 224, 261, 264, 278, 327, 381, 385, 389, 391, 417, 471, 502, 531, 534, 673, 693, 723, 733, 799, 820, 833, 839, 845, 846, 859, 860, 861, 875, 878, 902.

عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي
العدوي . ثاني الخلفاء الراشدين .
[توفي ٢٣ ﻫ ، ٦٤٤ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٥ ،
ص ٢٠٣ — ٢٠٤

عمران بن الحصين 130

عمران بن حصين بن عبيد
الخزاعي . من علماء الصحابة .
أسلم عام خيبر . وبعثه عمر إلى
أهل البصرة ليفقههم . وولاه
زياد قضاءها وتوفي بها [٥٢ ﻫ ،
٦٧٢ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٥ ،
ص ٢٣٢

عمرو بن حريث 444

عمرو بن حريث بن عمرو بن
عثمان المخزومي القرشي . من
الصحابة . ولي إمرة الكوفة
لزياد ، ثم لابنه عبيد الله . ومات
بها [٨٥ ﻫ ، ٧٠٤] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٥ ،
ص ص ٢٤٣ — ٢٤٤

عمر بن عبد العزيز

79, 92, 115' 116, 409, 902.

عمر بن عبد العزيز بن مروان
ابن الحكم الأموي القرشي من
خلفاء الدولة المروانية بالشام .
ولي إمارة المدينة للوليـــد .
[توفي ١٠١ ﻫ ، ٧٢٠ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٥ ،
ص ٢٠٩

عمرو بن الزبير 129

عمرو بن الزبير بن العوام الأسدي
القرشي : أخو عبد الله بن الزبير .

كان مع بنى أمية على أخيه. وامتنع عن البيعة بولاية العهد ليزيد لمّا دعا إليها معاوية . استعمل والياً على شرطة المدينة فى بدء خلافة يزيد . أسر فيما بعد وأخذ إلى أخيه عبد الله فأمر بضربه فقيل مات تحت السياط وقيل صلب بمكة سنة [٦٠ هـ ، ٦٨٠ م] .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٥ ، ص ٢٤٥

عمرو بن شعيب **814,846.**

عمرو بن شعيب بن محمد السهمى القرشى . من بنى عمرو بن العاص . من رجال الحديث . كان يسكن مكة وتوفى بالطائف [١١٨ هـ ، ٧٣٦ م] .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٥ ، ص ٢٤٧

عمرو بن العاص **4,8.**

عمرو بن العاص بن وائل السهمى القرشى . فاتح مصر . أسلم فى الحديبية . ولاه النبى (ص) أمرة جيش واستعمله على عمان . افتتح قنّسرين . ولاه عمر فلسطين . وعزله عثمان . وكان مع معاوية فى الفتنة . فولاه معاوية على مصر سنة ٣٨ هـ . توفى بالقاهرة [٤٣ هـ ، ٦٦٤ م]

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٥ ، ص ٢٤٨

عيسى (عليه السلام) **196,197.**

فاطمة (الزهراء) **825**

فاطمة بنت رسول الله (ص) ابن عبد الله بن عبد المطلب الهاشمية القرشية ، وأمها خديجة بنت خويلد: تزوجها أمير المؤمنين على بن أبى طالب (رض) وولدت له الحسن والحسين وأم كلثوم وزينب . عاشت بعد أبيها ستة أشهر [١١ هـ ، ٦٣٢ م] .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٥ ، ص ٣٢٩

فاطمة بنت قيس **764**

فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية ، أخت الضحاك بن قيس الأمير : صحابية ، من المهاجرات الأول . اجتمع أصحاب الشورى فى بيتها عند قتل عمر . [توفيت نحو ٥٠ هـ ، ٦٧٠ م] .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٥ ، ص ٣٢٩

فضالة بن عبيد 102

فضالة بن عبيد بن نافذ بن قيس الأنصارى الأوسى . صحابى. شهد فتح الشام ومصر ، ولاه معاوية قضاء الشام وتوفى فيها [٥٣ هـ ، ٦٧٣ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٥ ، ص ٣٤٩ — ٣٥٠

قتادة 235

قتادة بن النعمان بن زيد بن عامر الأنصارى صحابى . توفى بالمدينة [٢٣ هـ ، ٦٤٤ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج٦ ، ص٢٧

قنبر 673

مولى على بن أبى طالب .

ابن سعد ، الطبقات الكبير ، ج٦ ، ص ١٦٥

كعب بن مالك 362

كعب بن مالك بن عمرو بن القين ، البدرى الأنصارى السلمى الخزرجى : صحابى ، من أكابر الشعراء من أهل المدينة . كان فى الإسلام من شعراء النبى (ص) وشهد الوقائع ، ثم كان من أصحاب عثمان وأنجده يوم الثورة وحرض الأنصار على نصرته . ولما قتل عثمان قعد عن نصرة على ولم يشهد حروبه . وعمى آخر عمره وعاش سبعا وسبعين سنة . [توفى ٥٠ هـ ، ٦٧٠ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٦ ، ص ٨٥

ماعز 328,860,875,879

ماعز بن مالك الأسلمى

ابن سعد ، الطبقات الكبير ، ج ٤ ، قسم ٢ ، ص ٥٢

ابن حنبل مسند ابن حنبل ، ج ٢ ص ٤٥٠

مالك 262,264,399,401,831

مالك بن أنس بن مالك الأصبحى الحميرى ، إمام المدينة ، وإليه ينسب المذهب المالكى . ولد وتوفى بالمدينة [١٧٩ هـ ، ٧٩٥ م] . صنف كتاب الموطأ وغيره فى الفقه .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٦ ، ص ١٢٨

مجاهد 109,117,859

مجاهد بن جبر ، مكى مولى

بنى مخزوم . تابعى مفسر . أخذ التفسير عن ابن عباس . واستقر فى الكوفة [توفى ١٠٤ هـ ، ٧٢٢ م]
الزركلى ، الأعلام ، ج ٦ ، ص ١٦١

محارب بن دثار 79

محارب بن دثار بن كردوس السدوسى الشيبانى الكوفى ، ابو المطرف : قاضى الكوفة . كان فقيها زاهدا . وكان من المرجئة فى على وعثمان . عزل عن القضاء وأعيد وتوفى وهو قاض [١١٦ هـ ، ٧٣٤ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ٦ ، ص ١٦٧

محمد

22, 56, 124, 125, 126, 133, 134, 149, 150, 152, 154, 163, 176, 189, 190, 196, 201, 203, 227, 232, 233, 234, 236, 237, 282, 283, 284, 287, 289, 290, 292, 293, 294, 295, 299, 305, 307, 314, 317, 321, 322, 323, 326,, 328, 329, 337, 340, 373, 374, 378, 380, 381, 382, 387, 481, 482, 488, 499, 501, 502, 462, 425, 466, 467, 472, 477, 391, 419, 420, 428, 444, 461, 503, 505, 516, 517, 531, 534, 549, 552, 553, 554, 557, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 568, 590, 602, 604, 609, 610, 618, 569, 571, 575' 576, 584, 589, 620, 624, 628, 634, 647, 650, 651, 652, 658, 660, 663, 686, 688, 694, 695, 701, 703, 704, 707, 708, 711, 713, 714, 723, 725, 726, 736, 748, 752, 778, 781, 792, 802, 811, 813, 816, 822, 823, 824, 829, 830, 843, 844, 853, 854, 855, 873, 876, 881, 884, 890, 892, 896, 902.

محمد بن الحسن بن فرقد ، من موالى بنى شيبان . إمام بالفقه . وهو الذى نشر علم أبى حنيفة . أصله من قرية حرستة فى غوطة دمشق ولد بواسط ونشأ بالكوفة فسمع من أبى حنيفة وانتقل إلى بغداد فولاه الرشيد القضاء بالرقة ثم عزله .

ولما خرج الرشيد إلى خراسان صحبه فمات فى الرى .

له كتب كثيرة فى الفقه والأصول منها المبسوط فى فروع الفقه ، والجامع الكبير والجامع الصغير وغيرها [توفى ١٨٩ هـ ، ٨٠٤ م]
الزركلى ، الأعلام ، ج ٦ ، ص ٣٠٩

محمد بن سيرين

انظر بن سيرين .

مسروق 115

مسروق بن الأجدع بن مالك الهمدانى. تابعى. ثقة . من أهل اليمن. قدم المدينةفى أيام أبى بكر. وسكن الكوفة،وشهد حروب على [توفى ٦٣ هـ، ٦٨٣ م]

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٨ ، ص ١٠٨

مصعب بن ثابت 129

مصعب بن ثابت بن عبد الله ابن الزبير . روى عن نافع مولى الزبير بن العوام .

ابن سعد ، الطبقات ، جـ ٥ ، ص ٢٢٠

مُطرف 880

مطرف بن عبد الله بن الشخير الحرشى العامرى. زاهد من كبار التابعين : ثقة فى الحديث . توفى بالبصرة [٨٧ هـ، ٧٠٦ م] .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٨ ، ص ١٥٤

ابن خلكان ، وفيات الأعيان ، جـ ٣، ص ٢١١

معاذ بن جبل 2, 3, 10, 24, 25, 111, 114, 875.

معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصارى الخزرجى ، صحابى . وهو أحد الستة الذين جمعوا القرآن على عهد النبى (ص) . وشهد العقبة مع الأنصار السبعين وشهد بدراً والخندق. بعثه رسول الله إلى اليمن وعندما ولى أبو بكر عاد إلى المدينة . ولما أصيب أبو عبيدة فى طاعون عمواس استخلف معاذا وأقرّه عمر . توفى بالأردن ودفن بالقصير المعينى (بالغور) [١٨ هـ، ٦٣٩ م]

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٨ ، ص ١٦٦

معاوية 2, 11, 94, 409.

معاوية بن أبى سفيان ، صخر ابن حرب بن أمية بن عبد مناف القرشى الأموى . مؤسس الدولة الأموية فى الشام . أسلم يوم فتح مكة . [توفى ٦٠ هـ، ٦٨٠ م]

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٨ ، ص ١٧٢ — ١٧٣

معمر 103,107.

معمر بن راشد بن أبي عمرو الأزدي ، فقيه حافظ للحديث . ثقة من أهل البصرة. ولد واشتهر فيها . سكن اليمن . وهو أول من صنف باليمن . [توفى ١٥٣ ه ، ٧٧٠ م]

الزركلي، الأعلام، جـ٧ ، ص١٩٠

المغيرة بن شعبة 861

المغيرة بن شعبة بن أبي عامر ابن مسعود الثقفي . أحد دهاة العرب وقادتهم وولاتهم صحابي . شهد الحديبية وفتوح الشام والقادسية وولاه عمر البصرة وعزله ثم ولاه الكوفة وأقره عثمان .

وهو أول من وضع ديوان البصرة .
وولاه معاوية الكوفه فلم يزل فيها حتى مات [٥٩ ه ، ٦٧٠ م]

الزركلي، الأعلام، جـ٨ ، ص١٩٩

مكحول 3

مكحول بن أبي مسلم شهراب ابن شاذل الهذلي بالولاء . فقيه الشام في عصره . من حفاظ الحديث. أصله من فارس ومولده بكابل . توفى في دمشق [١١٢ ه ، ٧٣٠ م]

الزركلي ، الأعلام، جـ٨ ، ص٢١٢

ميمون بن مهران 92

ميمون بن مهران الرقي . فقية من القضاة . نشأ في الكوفة ثم استوطن الرقة فكان عالم الجزيرة . واستعمله عمر بن عبد العزيز على خراجها وقضائها . كان ثقة في الحديث .
[توفى ١١٧ ه ، ٧٣٥ م]

الزركلي، الأعلام ، جـ ٨، ص٣٠١

نافع بن الحارث 861

نافع بن الحارث بن كلدة الثقفي الطائفي . أول من ابتنى داراً بالبصرة بعد فتحها حيث أذن له عمر بذلك . كان من رقيق أهل الطائف ، أمه مولاة للحارث . واعترف الحارث أنه ولده فنسب إليه ولما ظهر الإسلام نزل من الطائف إلى النبي (ص) وأسلم وشهد الحروب. [لم يذكر تاريخ الوفاة] .

الزركلي ، الأعلام، جـ ٨، ص٣١٧

النضر بن شميل 262

النضر بن شميل بن خرشة بن يزيد المازنى التميمى ، أبو الحسن : أحد الأعلام بمعرفة أيام العرب ورواية الحديث وفقه اللغة . ولد بمرو (من بلاد خراسان) وانتقل إلى البصرة مع أبيه فأقام زمناً . وعاد إلى مرو فولى قضاءها . واتصل بالمأمون العباسى فأكرمه وقربه . توفى بمرو [٢٠٣ هـ ، ٨١٩ م]

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٨ ، ص ١٠٥ .

الهرماس 262, 362

هو الهرماس بن حبيب الذى تفرّد عنه النضر بن شميل .

الذهبى ، ميزان الاعتدال ، جـ ٤ ص ٢٩٥

هند ابنة عتبة

750, 754, 773, 773.

هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف صحابية ، قرشية ، عالية الشهرة . وهى أم الخليفة الأموى معاوية ابن أبى سفيان [توفيت ١٤ هـ ، ٦٣٥م] .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٩ ، ص ١٠٥ .

الوليد بن عقبة 861

الوليد بن عقبة بن أبى معيط الأموى القرشى . هو أخو عثمان ابن عفان لأمه . اسلم يوم فتح مكة . ولاه عمر صدقات بنى تغلب وعثمان والكوفة فانصرف إليها وأقام إلى سنة ٢٦ فشهد عليه جماعة عند عثمان بشرب الخمر فعزله ودعا به إلى المدينة وحبسه. مات بالرقة [٦١ هـ ، ٦٨٠ م] .

الزركلى ، الأعلام ، جـ ٩ ، ص ١٤٣ .

يحيى بن أكثم 262, 818

يحيى بن أكثم بن محمد بن قطن التميمى الأسيدى المروزى ، أبو محمد : قاض ، رفيع القدر ، عالى الشهرة ، من نبلاء الفقهاء ، يتصل نسبه بأكثم بن صيفى حكيم العرب . ولد بمرو واتصل بالمأمون ، ولى قضاء البصرة سنة ٢٠٢ هـ ، ثم قضاء القضاة ببغداد . وله غزوات وغارات . عزله المعتصم عن القضاء فلزم

بيته . ورده المتوكل إلى عمله .
وله كتب فى الفقه .
توفى بالربذة من قرى المدينة
[٢٤٢ هـ ، ٨٥٧ م] .
الزركلى ، الأعلام ، جـ ٩ ،
ص ص ١٦٦ — ١٦٧

117. يحيى بن عبد الحميد الحمانى

يحيى بن عبد الحميد بن الرحمن الحمانى الكوفى أبو زكرياء : أول من صنف المسند بالكوفة وهو من حفاظ الحديث الرحالين . اختلفوا فى الثقة بروايته . مات بسر من رأى سنة [٢٢٨ هـ ، ٨٤٣ م] .
الزركلى ، الأعلام ، جـ ٩ ،
ص ١٨٨ .

79. يحيى بن يعمر

يحيى بن يعمر الوشقى العدوانى .
أول من نقط المصاحف . ولد بالأهواز وسكن البصرة . وكان من علماء التابعين . ولى قضاء مرو ثم عزل بتهمة إدمان النبيذ .
[توفى ١٢٩ هـ ، ٧٤٦ م] .
الزركلى ، الأعلام ، جـ ٩ ،
ص ٢٢٥ .

مطبعة الجبلاوى
٢٠٢ شارع الترعة البولاقية - شبرا

رقم الإيداع بدار الكتب ١٩٧٩/٣٣٧١

Kitab Adab al-Qadi

by

Abu Bakr Ahmad ibn ᶜAmr ibn Mahir al-Shaybani
Known as al-Khassaf (d. 261A.H. - 847 A.D.)

With a Commentary by

Abu Bakr Ahmad ibn ᶜAli al-Razi
Known as al-Jassas (d. 370 A.H. - 980 A.D.)

Edited by
Farhat J. Ziadeh

